

UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID

FACULTAD DE DERECHO

Departamento de Derecho Civil



TESIS DOCTORAL

**El contrato y la responsabilidad civil en los actos médicos de
satisfacción con finalidad estética**

MEMORIA PARA OPTAR AL GRADO DE DOCTOR

PRESENTADA POR

Mario Lozano Arjona

Directora

M^a Isabel de la Iglesia Monje

Madrid, 2018

UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID

FACULTAD DE DERECHO

DEPARTAMENTO DE DERECHO CIVIL



TESIS DOCTORAL

**EL CONTRATO Y LA RESPONSABILIDAD CIVIL EN LOS ACTOS
MÉDICOS DE SATISFACCIÓN CON FINALIDAD ESTÉTICA**

MARIO LOZANO ARJONA

DIRECTORA:

D^a M^a ISABEL DE LA IGLESIA MONJE

Madrid, 2017

AGRADECIMIENTOS

La presente investigación es fruto del esfuerzo y de la confianza depositada en él y en mi persona, esfuerzo realizado por muchas personas. Por ello considero necesario empezar mi trabajo agradeciendo a todos aquellos que han hecho posible que esta investigación vea la luz.

En primer lugar quiero agradecer a María Isabel de la Iglesia Monje, la directora de mi tesis, la confianza depositada en mí, en mis ideas y en el tema propuesto, así como por toda su comprensión y apoyo, y por las muy enriquecedoras aportaciones a lo largo, no solo de estos años de Tesis Doctoral, sino también del tiempo de trabajo previo que, en forma de "Trabajo de Fin de Máster", realicé cuando era alumno del Máster en Derecho Privado (curso 2011/2012) de la Universidad Complutense de Madrid.

Quiero agradecer, en segundo lugar, a la Universidad Complutense de Madrid, en especial al Departamento de Derecho Civil de la Facultad de Derecho, por la disposición de prácticamente todos los medios bibliográficos y tecnológicos que he necesitado para llevar a cabo mi trabajo, así como de instalaciones en las que he llevado a cabo buena parte de mis periodos de investigación.

Finalmente, quiero reconocer a todos aquellos que han confiado en mi trabajo y han estado a mi lado en mi día a día durante estos años de investigación. Muy especialmente a mis padres sin los que no hubiera sido posible, por dedicarme no solo un cariño enorme y muchas palabras de ánimo en los momentos más complejos, sino también por el apoyo económico que, en no pocas ocasiones, he necesitado. A mis abuelos Antonio y Mercedes, por entender mi lejanía y preocuparse tanto por hacerme sentir querido siempre. Y a Santos y a Rubén por preocuparse por mí.

A Jordi por el apoyo incondicional y por ser un pilar fundamental de mi vida, a Nuria, por ser una jefa comprensiva y una gran admiradora de mi compromiso con la investigación, y a mis amigos Rocío, Cristian, Tess, Adrià y Mònica, por modificar sus vidas cotidianas para poder seguir compartiendo momentos de sus vidas junto a mí, además de mi compañero de doctorado en la distancia Erick F., por los apoyos mutuos.

Este trabajo que firmo, no hubiera sido posible sin la comprensión de todos ellos.

Índice

Abreviaturas	11
RESUMEN	15
ABSTRACT	16
PREÁMBULO	17
1. Antecedentes de la investigación	17
2. Título de la Tesis	21
3. Estructura y metodología	23
4. Objetivo de la investigación.	25
 INTRODUCCIÓN	 27
 CAPÍTULO I. EL ACTO MÉDICO DE SATISFACCIÓN	 31
1. Los actos médicos de satisfacción. Concepto jurídico	31
1.1. Evolución histórica de la medicina que hasta llegar a los actos médicos de satisfacción. Definición propia del concepto	36
1.2. Clases de actos médicos de satisfacción	42
1.3. Características de los actos médicos de satisfacción	44
1.4. Especial consideración de los actos médicos de satisfacción con finalidad estética	53
2. El cliente o "paciente-cliente" de los actos médicos de satisfacción.	55
2.1. El <i>paciente</i> de ciertos actos médicos de satisfacción sin finalidad estética.	59
3. El profesional médico en los actos médicos de satisfacción	62
3.1. El problema del <i>intrusismo laboral</i> en el ámbito de los actos médicos de satisfacción con finalidad estética	67
4. Los consumidores y los actos médicos de satisfacción	72
5. El acto médico de satisfacción en los países de nuestro entorno	78
 PRIMERA PARTE - EL CONTRATO POR EL QUE SE CELEBRAN LOS ACTOS MÉDICOS DE SATISFACCIÓN CON FINALIDAD ESTÉTICA	 85
 CAPÍTULO II. EL CONSENTIMIENTO INFORMADO	 87

1. Concepto y surgimiento de la figura	87
1.1. El consentimiento informado como derecho fundamental	96
1.2. El consentimiento informado como elemento del contrato	102
2. La Ley 41/2002 de autonomía de la voluntad	104
2.1. Las leyes autonómicas de desarrollo de la Ley 41/2002	106
3. Características generales del consentimiento informado	116
3.1. El consentimiento informado como <i>Derecho-Deber</i>	116
3.2. El <i>contenido mínimo</i> en la Ley 41/2002	119
3.3. El alcance de la información en la Ley 41/2002	122
3.4. El consentimiento informado como <i>acto personalísimo</i>	130
3.5. Capacidad y consentimiento informado	132
3.6. El consentimiento informado por representación	134
3.7. La voluntad del paciente en el consentimiento informado y el " <i>consentimiento desinformado</i> "	137
3.8. Breve alusión a la excepcional intervención sin consentimiento informado	144
4. Características particulares del consentimiento informado en los actos médicos de satisfacción con finalidad estética	146
4.1. La relevancia de la información en el consentimiento informado de actos médicos de satisfacción	147
4.2. Los menores y el consentimiento informado en actos médicos de satisfacción con finalidad estética	157
4.3. El respeto a la autodeterminación de los usuarios en los actos médicos de satisfacción con finalidad estética	165
5. El defecto de información	168
5.1. El error en la información como supuesto de responsabilidad civil.	177
6. El Consentimiento informado relativo a los actos médicos de satisfacción en el derecho francés e italiano	185
 CAPÍTULO III. EL CONTRATO DE ACTOS MÉDICOS DE SATISFACCIÓN CON FINALIDAD ESTÉTICA	 191
1. Introducción a la naturaleza jurídica del contrato de servicios médicos con finalidad estética	191

1.1. Categorización del contrato	193
a) Contrato <i>intuitu personae</i>	194
b) Contrato oneroso	198
c) Contrato sinalagmático	199
d) Contrato consensual	200
1.2. Las partes contractuales	202
a) El contrato con el médico estético	203
b) El contrato con la clínica estética o centro médico estético	204
1.3. Elementos del contrato	205
a) El consentimiento	206
b) El objeto	212
c) La causa	215
d) La oferta contractual	219
e) El <i>animus contraendi</i>	226
1.4. Especial consideración de las actuaciones precontractuales en los contratos de actos médicos de satisfacción con finalidad estética	229
2. El Derecho Europeo de Contratos y el proyecto de reforma del Libro IV del Código Civil	234
3. Estudio de las obligaciones que surgen del contrato de actos médicos de satisfacción con finalidad estética. Cuestiones pacíficas	247
a) Obligación de hacer y la obligación de dar. Las obligaciones recíprocas	248
b) Obligación transitoria	250
c) Obligaciones de seguridad	251
d) La obligación de guardar secreto como obligación de corrección o protección	252
e) Obligaciones derivadas de la deontología de los profesionales médicos	254
f) El pago de la actuación como obligación del acreedor de los actos médicos de satisfacción con finalidad estética	256
4. Conflicto doctrinal: El arrendamiento de obra y el arrendamiento de servicio y su implicación en las obligaciones del médico	260
4.1. El contrato de obra y sus características	265

4.1.1. La obligación de resultados	270
4.2. El Contrato de prestación de servicios y sus características.	277
4.2.1. La obligación de medios	282
4.3. Giros jurisprudenciales y la salomónica solución: La promesa de resultado en los actos médicos de satisfacción, una cuestión superada	288
a) Años 1950 a 2004. Desde el contrato de servicios con obligación intensificada al contrato de obra con obligación de resultado	289
b) Años 2005 a 2009. Cambio de perspectiva y el auge de la <i>promesa de resultado</i>	295
c) Año 2009 - Actualidad. La decidida apuesta por la actividad de medios	302
4.4. Conclusión: Superación del conflicto doctrinal y jurisprudencial, <i>el contrato atípico de actos médicos de satisfacción con finalidad estética</i>	307
5. El contrato accesorio de financiación de los actos médicos de satisfacción con finalidad estética	317
6. Breves alusiones al contrato de actos médicos de satisfacción con finalidad estética en el ordenamiento jurídico francés e italiano	319
 SEGUNDA PARTE - RESPONSABILIDAD CIVIL EN LOS ACTOS MÉDICOS DE SATISFACCIÓN CON FINALIDAD ESTÉTICA	 329
 CAPÍTULO IV. INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL Y RESPONSABILIDAD CIVIL EN LOS ACTOS MÉDICOS DE SATISFACCIÓN	 331
1. Introducción y conceptos previos	331
1.1. Distinciones entre responsabilidad civil contractual y responsabilidad civil extracontractual	333
1.2. <i>Lex artis</i> y <i>mala praxis</i>	342
2. La responsabilidad civil contractual	352
2.1. El cumplimiento imperfecto o inexacto en estos casos	357
2.2. El incumplimiento contractual	366
a) Retraso en el cumplimiento y mora en el deudor	367
b) Incumplimiento derivado de una actuación que contraviene la	371

obligación contractual	
2.3. El daño causado por producto defectuoso	377
2.4. Compatibilidad o incompatibilidad de las reglas de consumidores en los actos médicos de satisfacción con finalidad estética. El pánico ocasionado por la responsabilidad objetiva	386
2.5. Conclusión: Elementos de la responsabilidad civil contractual vinculados al incumplimiento	392
a) La acción u omisión antijurídica	392
b) El daño	394
c) La relación de causalidad	399
d) Factores de atribución de la responsabilidad	400
2.6. Causas de exoneración de la responsabilidad para el incumplidor de la obligación	404
a) El caso fortuito y la fuerza mayor	404
b) La culpa de la víctima o la falta de cooperación del acreedor	408
2.7. Efectos del incumplimiento contractual. La responsabilidad del médico	411
2.7.1. Cumplimiento <i>in natura o en especie</i> , cumplimiento por equivalente y ejecución forzosa	412
2.7.2. Resolución contractual por incumplimiento en las obligaciones sinalagmáticas	415
2.7.3. Indemnización de daños y perjuicios	418
a) Daño emergente	419
b) Lucro cesante	421
c) Daños morales por incumplimiento contractual	423
3. La responsabilidad civil extracontractual	425
3.1. Uso extensivo de la responsabilidad civil extracontractual en supuesto de medicina estética	430
3.2. Resoluciones judiciales que han apostado por la responsabilidad contractual y se han manifestado contrarias a aplicar la responsabilidad extracontractual	432
4. Los problemas del sistema de doble régimen de responsabilidad y las teorías que se crean para evitarlo	434
4.1. Concurso de normas vs concurso de pretensiones	436

4.2. La yuxtaposición y la unidad de culpa civil	438
5. La responsabilidad objetiva o sin culpa	441
5.1. La presunción de culpa	447
5.2. La teoría del daño desproporcionado - <i>Res Ipsa Loquitur</i>	450
5.3. El factor riesgo	461
5.4. La equidad	462
5.5. La adecuación	464
5.6. La prohibición de regreso	465
5.7. Conclusión: la responsabilidad objetiva y los actos médicos de satisfacción con finalidad estética	468
6. Sistemas alternativos de resolución de conflictos	470
6.1. Mediación en materia sanitaria	472
6.2. Arbitraje de consumo y actos médicos de satisfacción con finalidad estética. ¿Es posible?	476
7. Responsabilidad civil en los actos médicos de satisfacción en el derecho francés e italiano	477
 CAPÍTULO V. LA INDEMNIZACIÓN Y EL <i>QUANTUM INDEMNIZATORIO</i>	 485
1. Los conceptos indemnizables y el objetivo de la responsabilidad civil	485
2. La indemnización en caso de incumplimiento contractual	489
2.1. Resarcimiento en forma específica o reparación en especie	492
2.2. Resarcimiento mediante equivalente pecuniario	497
2.3. Daño emergente	500
2.4. Lucro cesante	501
3. La indemnización ante daños personales y corporales	503
3.1. Daños personales	505
3.2. Daños corporales	507
3.3. El perjuicio estético ¿un supuesto especial?	514
3.4. Daños morales	524
4. La pérdida de oportunidad como concepto indemnizable	530
5. La vinculación entre los daños patrimoniales y los daños personales	535
6. El cálculo y la cuantificación de los daños	537
6.1. El baremo de accidentes de circulación	539

6.2. La pericia en los actos médicos de satisfacción con finalidad estética	546
6.3. Otros sistemas de cuantificación de los daños	549
7. El aseguramiento de la responsabilidad civil de los profesionales sanitarios	552
8. El devengo de intereses	558
8.1. Los intereses de la entidad aseguradora	561
9. La valoración de los daños en actos médicos de satisfacción en el ordenamiento jurídico francés e italiano	564
CONCLUSIONES Y PROPUESTAS	571
a) Conclusiones	571
b) Propuestas	590
Índice Bibliográfico	603
Índice Jurisprudencial	633
A) Tribunal Europeo de Derechos Humanos	633
B) Tribunal Constitucional	633
C) Tribunal Supremo	633
D) Audiencias Provinciales	638
E) Sentencias extranjeras	639
Índice de Legislación citada	641
A) Convenios internacionales y normativa comunitaria europea	641
B) Constituciones	641
C) Normas estatales con rango de ley	641
D) Normas autonómicas	643
E) Decretos	645
F) Órdenes y normas de deontología	645
G) Proyectos normativos	646
H) Normas extranjeras	646

Abreviaturas.

AC	Aranzadi Civil
Art. / Arts.	Artículo / artículos
AEMLE	Asociación Española de Medicina Laser Estética
AICPE	<i>Associazione Italiana Chirurgia Plastica Estetica</i> / Asociación Italiana de Cirugía Plástica y Estética
AP	Audiencia Provincial
BGB	<i>Bürgerliches Gesetzbuch</i> 1896 - Código Civil Alemán de 1896
BOE	Boletín Oficial del Estado
BOCM	Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid
BOJA	Boletín Oficial de la Junta de Andalucía
BON	Boletín Oficial de Navarra
BOPA	Boletín Oficial del Principado de Asturias
BOPV	Boletín Oficial del País Vasco
CC	Código Civil
CCAA	Comunidades Autónomas
CCJC	Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil
CE	Constitución Española
CESL	<i>Common European Sales Law</i> - Propuesta de normativa común de Compraventa Europea
CGCOM	Consejo General de Colegios Oficiales de Médicos
CISG	Convención de Naciones Unidas sobre la compraventa internacional de mercancías de 11 de abril de 1980 - Ratificado España y publicado BOE 30 de enero de 1991
<i>Cit. Supra</i>	Citado anteriormente (cita inmediata superior)
Coord. /	Coordinador / Coordinadores
Coords.	
CP	Código Penal
DCFR	<i>Draft Common Frame of Reference</i> - Marco Común de Referencia para el Derecho privado europeo
Dir. / Dirs.	Director / directores
DOCV	Diario Oficial de la <i>Comunitat Valenciana</i>
DOE	Diario Oficial de Extremadura

DOG	Diario Oficial de Galicia
DOGC	Diario Oficial de la <i>Generalitat de Catalunya</i>
DOUE	Diario Oficial de la Unión Europea
Ed.	Editorial / edición
FJ	Fundamento Jurídico (relativo a resoluciones judiciales)
INGESA	Instituto Nacional de Gestión Sanitaria
INSALUD	Instituto Nacional de la Salud (actual INGESA)
INSS	Instituto Nacional de la Seguridad Social
JUR	Documento de Jurisprudencia Aranzadi
LCS	Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro
LEC	Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil
LOPJ	Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial
Núm.	/ Número / números
núms.	
OMC	Organización Médica Colegial de España
OMS	Organización Mundial de la Salud
<i>Op. Cit.</i>	Obra citada
Pág. / Págs.	Página / Páginas
PESL	<i>Principles of European Sales Law</i> - Principios de Derecho Europeo de los contratos
PELT	<i>Principles of European Tort Law</i> - Principios de Derecho Europeo de la Responsabilidad Civil
PMCC	Propuesta de Anteproyecto de Ley de Modernización del Derecho de Obligaciones y Contratos, de la Sección de Derecho Civil de la Comisión General de Codificación
RD	Real Decreto
RDL	Real Decreto-Ley
RDLeg	Real Decreto Legislativo
RJ	Repertorio de Jurisprudencia
RTC	Repertorio del Tribunal Constitucional
SAP	Sentencia de la Audiencia Provincial
SEAIDA	Sección Española de la Asociación Internacional del Derecho de Seguros
SECPRE	Sociedad Española de Cirugía Plástica, Reparadora y Estética

SEME	Sociedad Española de Medicina Estética
SNS	Sistema Nacional de Salud
STC/	Sentencia del Tribunal Constitucional
SSTC	Sentencias del Tribunal Constitucional
STEDH	Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos
STS /	Sentencia del Tribunal Supremo
SSTS	Sentencias del Tribunal Supremo
SS.	Siguientes
TC	Tribunal Constitucional
TRLGDCU	Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias (Real Decreto Legislativo 1/2007)
TS	Tribunal Supremo
UIME	<i>Union internationale de Médecine Esthétique</i> - Unión Internacional de Medicina Estética
<i>Vid.</i>	Véase

RESUMEN

La presente tesis estudia la responsabilidad civil que puede acaecer en las relaciones entre doctores y pacientes, pero poniendo énfasis en las prácticas médicas que buscan embellecer o cambiar aspectos del cuerpo de la persona que se somete a este tipo de intervención; estos procedimientos son conocidos como “*actos médicos de satisfacción con finalidad estética*”

Este trabajo no estudia intervenciones de naturaleza relacionada con salud dado que en España existe un sistema de sanidad pública llamado *Sistema Nacional de salud (SNS)*. La responsabilidad sanitaria es un tema más que estudiado (como lo es la responsabilidad sanitaria de ámbito privado), sin embargo mi objetivo es estudiar las relaciones privadas dónde la figura del doctor se convierte en algo más parecido a otros profesionales o empresarios, y la figura del paciente aparece más asemejada a un consumidor pues el fin del contrato que celebra es adquirir servicios médicos para obtener un resultado estético.

Mi tesis se estructura en cinco capítulos que giran alrededor de cada uno de los aspectos de este tipo de relación entre médicos privados – doctores especializados en medicina estética - y sus pacientes o “clientes”. Esta relación es, por tanto, el foco de este estudio y todos los capítulos giran torno a ella: el Capítulo I define los elementos esenciales de la tesis; el Capítulo II trata sobre el consentimiento informado de este tipo de intervención médica; el Capítulo III presenta todos los elementos esenciales del contrato que aparecen entre doctores y clientes; el Capítulo IV estudia la responsabilidad en este tipo de relación doctor-paciente (o cliente); y, finalmente, el Capítulo V relaciona todos los elementos y los une a la cuantía del daño e indemnización, con especial atención a las herramientas necesarias para este tipo de proceso judicial.

Para llegar a las conclusiones del presente estudio, se ha analizado la jurisprudencia española, que ha evolucionado mucho a lo largo del tiempo en relación con nuestro tema de análisis. También se han analizado resoluciones jurisprudenciales de los países de nuestro entorno, con especial atención a los ordenamientos francés e italiano, como puede observarse en la parte final de cada capítulo, como estudio de derecho comparado.

ABSTRACT

This thesis examines the civil liability – or private liability – that can arise in relationships between doctors and patients, but the main subject, or principal point of view of this study, are all medical practices that seek to improve the beauty or change aspects of the body of the person who undergoes this kind of intervention; these procedures are known as “*actos médicos de satisfacción con finalidad estética*” (medical actions of satisfaction for aesthetic purposes).

This work does not study interventions of a health-related nature because in Spain there is a public health-care system called *Sistema Nacional de Salud (SNS)*. Public health liability is a well-studied topic (as is civil health liability) while my objective is to study private relationships where the figure of the doctor becomes something more akin to other professionals or entrepreneurs, and the figure of the patient appears more like that of a customer because the pursuit to purchase medical services is for an aesthetic result.

My thesis is structured into five chapters that revolve around every facet of this kind of relationship between private doctors – doctors specialised in aesthetic medicine – and their patients or “clients”. This relationship is therefore the focus of this study and every chapters revolves around it: Chapter I defines the essential elements of the thesis; Chapter II deals with informed consent for this type of medical intervention; Chapter III presents all the essential elements of the contract that are drawn up between doctors and clients; Chapter IV looks at liability in this type of doctor-patient (or customer) relationship; and finally, Chapter V relates the elements linking them to the amount of damages and compensation, with special attention given to the tools needed for this kind of court process.

Prior to the findings of this study, I researched the relevant aspects of jurisprudence in Spain from the Supreme Court to provincial courts. It is an interesting fact that the study of jurisprudence has changed greatly over the years with regard to this particular subject.

I have also studied the doctrines of neighbouring countries – with particular attention on the regimes of France and Italy – as can be appreciated in the last part of every chapter as part of a comparative law summary.

PREÁMBULO

1. Antecedentes de la Investigación

La presente tesis tiene como objetivo abordar la responsabilidad civil de la medicina privada voluntaria, de forma tal que se pueda estudiar la responsabilidad de los médicos contractualmente obligados con sus *pacientes*. No obstante en nuestro campo de estudio, los *actos médicos de satisfacción*, más que pacientes son sus "clientes"¹, así el estudio será más próximo y más específico y, en comparación con lo que suele suceder en los tratados de responsabilidad profesional, la medicina estética y voluntaria será el epicentro de la investigación y no, como suele ser, una excepción a la regla general.

Se pretende dar protagonismo a las siguientes cuestiones, que consideramos de mucha entidad: los actos médicos de satisfacción, y dentro de ellos específicamente los que tengan una finalidad estética; la autonomía de la voluntad de la persona que se somete voluntariamente a un acto médico, sin que medie enfermedad; el tipo de contrato que puede existir en estas relaciones; el alcance de la obligación contratada; el régimen de responsabilidad civil ante el que podemos encontrarnos; y otras muchas cuestiones que están relacionadas con la materia principal.

Esta tesis quiere servir para estudiar con precisión el tipo contractual que vincula a los profesionales sanitarios y sus *clientes*, y sus características más intrínsecas, aspecto que jamás ha sido pacífico, y en el que incluso ha habido varias tendencias jurisprudenciales. Una, más posicionada a favor de considerar que el profesional sanitario queda vinculado incluso a la prosecución de un concreto resultado, y, otra que considera que en cuestiones médicas, siempre debe quedar margen al componente aleatorio propio en cualquier actuación que afecte a los seres biológicos y, por ese motivo, no cabe entender que la relación contractual obliga a lograr un resultado concreto.

¹ Aunque que, como veremos en el primer capítulo de la presente investigación, eso no es un aspecto pacífico en la actualidad, pues la doctrina se divide entre aquellos que consideran que un profesional médico siempre actúa frente a pacientes (por todos, GALÁN CORTÉS o SEIJAS QUINTANA) y los autores que consideran que en ciertas ocasiones es más correcto hablar de clientes (por todos, DE LAS HERAS GARCÍA o GARCÍA HERNÁNDEZ). *Vid.* Capítulo I, apartado 2.

La presente obra está dirigida a los profesionales sanitarios y empresarios de la medicina privada que intervienen en la medicina satisfactiva y, también, a las personas que acuden a la misma, dado que pretende definir todos los aspectos que surgen en la relación médico-privada fuera del campo de la sanación, de una forma lo más clara posible.

Sin embargo, este estudio se dirige también a los operadores jurídicos, en la medida en que sea necesario que intervengan en este tipo de relaciones, esto es, cuando surge la necesidad de interpretar el contrato, y resolver cuestiones relativas a la responsabilidad.

Así, el presente análisis nace con el objetivo de ser una guía jurídica para profesionales jurídicos y también para leguleyos que, de algún modo, estén vinculados con las intervenciones de la medicina estética.

En este estudio se incluye, como novedad, la referencia a los peritos que intervienen en la valoración de los daños o en la medición de los resultados, con el objetivo de dirimir al respecto del cumplimiento contractual real o de la cuantía por la que cabe solicitar indemnización de daños y perjuicios.

Para la realización del trabajo, ha sido necesario sumergirse en la doctrina ya existente y en la jurisprudencia que la ha desarrollado y aplicado, y en ocasiones no poco frecuentes, modificado muy significativamente. Ello por cuanto nuestro punto de partida es un tema, ya clásico: la responsabilidad de los profesionales médicos, que se ha conocido como *Responsabilidad Sanitaria* durante mucho tiempo, y de la que pretendemos dar una nueva visión, un giro y ofrecer una imagen alternativa, que desde el punto de vista del ámbito Civil del Derecho sea fresca, innovadora y, sobre todo, útil.

En nuestra prudente opinión, el presente trabajo puede para abrir un debate que pueda llegar a introducir nuevas formas de solventar viejos conflictos. Es decir, desde el conocimiento de que en muchos aspectos nuestras ideas pueden alejarse de las posturas hegemónicas, las mismas pueden servir para aportar soluciones distintas a las que en la actualidad se están aplicando.

Desde esta tribuna se conoce y se acepta que la medicina privada en nuestro país es excepcional, en cuanto a número de casos, especialmente cuando el objetivo de la misma es la sanación, dado que el Sistema Nacional de Salud es público y de gran

calidad, y da soporte a todos los ciudadanos². Esto hace que la litigiosidad en el ámbito de la sanación deba desarrollarse en el cauce contencioso administrativo, aunque no siempre ha sido así, en virtud de la acción directa contra las compañías aseguradoras de la Seguridad Social, y a otras circunstancias que han hecho que en múltiples ocasiones los tribunales civiles hayan sido los encargados de resolver actuaciones contra el SNS.

Antes de la reforma del artículo 9 apartado 4º de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de Julio, del Poder Judicial³ (en adelante LOPJ), cuando se demandaba a la Administración y a su aseguradora de forma conjunta (o a la Administración, a la aseguradora y a los profesionales sanitarios implicados, considerados independientes de la Administración) no era posible que se acudiera a la jurisdicción contencioso-administrativa, que según la redacción original del artículo 9.4. LOPJ: *"los del orden contencioso-administrativo conocerán de las pretensiones que se deduzcan en relación con los actos de la Administración Pública sujetos al Derecho administrativo y con las disposiciones reglamentarias"* y debía acudir a la jurisdicción civil. Cuestión que hacía que hubiera dos jurisdicciones, la civil y la contencioso-administrativa, resolviendo sobre responsabilidad sanitaria asistencial y derivada de la sanidad pública, en la que incurrieran las distintas administraciones implicadas en lo que conocemos como Sistema Nacional de Salud, según si se demandaba conjuntamente a aseguradora y profesionales sanitarios además de la Administración, o si simplemente se demandaba a la Administración que se considerase responsable de la *mala praxis* sanitaria. Esta situación había generado una especie de *forum shopping*, en el que el demandante (o perjudicado por daños derivados de asistencia sanitaria pública) podía seleccionar la jurisdicción, buscando la que le resultara más beneficiosa.

² Se han vivido ocasiones en que incluso España ha llegado a tener un Sistema Nacional de Sanidad que podía catalogarse de universal, y que llegaba a tratar a todas las personas que se encontraran en España, sin hacer distinciones basadas en la condición de ciudadano. Sin embargo, la crisis económica ha hecho que se haya comenzado a restringir el acceso a la sanidad, siendo en la actualidad accesible para los ciudadanos y conservando un servicio de urgencias y emergencias sanitarias que sí se extiende actualmente a las personas que no tienen esa consideración de ciudadano, es decir, que el SNS alcanza a todos los que ocupamos el territorio estatal, en caso de urgencias o emergencias. Pero con total plenitud, desde la aprobación del Real Decreto-Ley 16/2012, de 20 de abril, de medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud y mejorar la calidad y seguridad de sus prestaciones (BOE núm. 98, de 24 de abril de 2012), solo para los ciudadanos españoles. Es este un aspecto de carácter más bien político y que se escapa al objeto del presente estudio.

³ BOE núm. 157, de 2 de julio de 1985 (texto consolidado Octubre de 2015).

Esta situación de *forum shopping* se solventa a raíz de las reformas que se introdujeron en el apartado cuarto del artículo 9º de la LOPJ mediante dos normas, la Ley Orgánica 6/1998, de 13 de julio, de reforma de la Ley Orgánica del Poder Judicial⁴ y, especialmente mediante la reforma de la Ley Orgánica 19/2003, de 23 de diciembre, de modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial⁵.

Esta última norma del año 2003, que entró en vigor el 15 de enero de 2004, además modificó también la redacción del artículo 21.1 de la Ley 29/1998, de 13 de Julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa⁶, añadiendo la letra c al artículo, que recoge que se *considerarán demandadas "c) Las aseguradoras de las Administraciones públicas, que siempre serán parte codemandada junto con la Administración a quien aseguren"*. Estas reformas permiten, o más bien garantizan, la concurrencia en la vía contencioso-administrativa de una entidad de derecho privado (aseguradora) como codemandada junto con la Administración (su asegurada).

Por las reformas realizadas, los litigios civiles se reservan a la acción directa que se realiza exclusivamente contra la aseguradora de la Administración, sin codemandarla, *ex art. 76* de la Ley 50/1980, de 8 de octubre, de contrato de seguro⁷ y por supuesto, se reserva asimismo la Jurisdicción Civil a las intervenciones realizadas fuera del ámbito del SNS, es decir, para la medicina privada, sea o no asistencial.

Lo expuesto hasta ahora es significativo, porque nos justifica el motivo por el cual existe tanta jurisprudencia del *orden jurisdiccional civil* tratando sobre responsabilidad sanitaria cuando los daños proceden de actuaciones del SNS - aunque cada vez serán menos por las correcciones operadas en la LOPJ -. Lo más relevante para nuestro objeto de estudio, es que los actos médicos de satisfacción, especialmente aquellos que tienen finalidad estética, son siempre, como veremos, de ámbito privado y, por ello, son siempre competencia del *orden jurisdiccional civil*.

⁴ BOE núm. 167, de 14 de julio de 1998.

⁵ BOE núm. 309, de 26 de diciembre de 2003 (texto consolidado de Diciembre de 2012).

⁶ BOE núm. 167, de 14 de julio de 1998 (texto consolidado Octubre de 2015).

⁷ BOE núm. 250, de 17 de octubre de 1980 (texto consolidado julio de 2015). El artículo 76 de la Ley de Contrato de Seguro establece: "*El perjudicado o sus herederos tendrán acción directa contra el asegurador para exigirle el cumplimiento de la obligación de indemnizar, sin perjuicio del derecho del asegurador a repetir contra el asegurado, en el caso de que sea debido a conducta dolosa de éste, el daño o perjuicio causado a tercero. (...)*".

La responsabilidad que de los actos médicos que estudiaremos emane o, cualquier litigio relativo al contrato en virtud del cual se celebra, siempre obedecerá al estudio del derecho civil, por ser materia *ius privatum* y se someterá al análisis de la jurisdicción civil.

Este es uno de los fundamentales motivos por el que desde la tribuna que se me ofrece reivindico: el estudio independiente y pormenorizado de este tipo de responsabilidad civil, relacionado con la medicina privada de satisfacción, que considero más ajustada a nuestro orden jurisdiccional de estudio, frente a la responsabilidad sanitaria tradicional, que engloba muchas intervenciones que en la mayoría de casos son ofertadas por el SNS y, por ende, de carácter público.

2. Título de la Tesis

El título del presente trabajo, responde al objeto de su estudio, al epicentro de la investigación, que es a su vez la justificación de su novedad, por centrarse y configurar el régimen jurídico singular que corresponde a un tipo concreto de intervenciones médicas y porque supone la revisión actualizada e independiente de un tema ya clásico: la responsabilidad civil de los profesionales sanitarios. Todo ello tratado desde un prisma que a día de hoy no ha podido conseguir, según entendemos, la independencia que se merece, por cuanto la labor más encomendable y ensalzada de profesionales sanitarios es la curación de enfermedades y padecimientos humanos. Sin embargo, no es la única labor que realizan esos profesionales, y además tampoco es la que más procesos judiciales genera, al menos no ya en el orden jurisdiccional civil.

Los actos médicos de satisfacción con finalidad estética son, a nuestro entender, los grandes olvidados de los tratados clásicos de responsabilidad civil y responsabilidad profesional y, aunque la mayoría menciona esta *medicina voluntaria*, nos atreveríamos a decir que ninguno de ellos, le ha otorgado una entidad propia y diferenciada de la medicina clásica y curativa, sino que en su mayoría se hacen menciones difusas a la medicina voluntaria como contraposición a *lo anteriormente expuesto*⁸, mucho más

⁸ Como es el caso del *Tratado de Responsabilidad Civil* coordinado por D. L. Fernando Reglero Campos y D. José Manuel Busto Lago, en cuya 5ª edición, en el Volumen II - Capítulo XIII se habla sobre Responsabilidad Civil Médica y se hacen, en nuestra humilde opinión, pocas alusiones a la responsabilidad civil derivada de actos médicos de satisfacción y no hay un apartado exclusivo para este

cuando hablamos de los actos médicos de satisfacción con finalidad estética, que es la categoría entorno a la que gira la presente investigación.

Siguiendo con la idea previa, esto es, con la casi absoluta ausencia de menciones a los actos médicos de satisfacción, y menos aún a los que tienen finalidad estética, resulta extremadamente sorprendente que en las más de 2500 páginas que constituyen el concienzudo Tratado de Derecho Sanitario (2013) dirigido por D. Alberto Palomar Olmeda y D^a Josefa Cantero Martínez y coordinado por D. David Larios Risco, D^a Lola González García y D. Federico de Montalvo Jääskeläinen, apenas se realicen un par de menciones a la medicina de satisfacción y sólo aparezca una vez referida en su índice⁹.

Sin embargo, vemos como en el momento contemporáneo a la finalización de la presente investigación surgen monografías que versan sobre la medicina estética, como la obra de ARBESÚ GONZÁLEZ¹⁰, y autores que llevan muchos años hablando sobre responsabilidad sanitaria, como GALÁN CORTÉS¹¹ o SÁNCHEZ GÓMEZ¹², tampoco omiten tratar este tipo de actos, dentro de sus obras que, sin embargo, se centran en la responsabilidad derivada de asistencia sanitaria con finalidad curativa.

Al respecto de la cuestión de la responsabilidad, referida en el título, al estar frente a actuaciones que nacen de un contrato, no hemos considerado oportuno incidir en que la responsabilidad civil de los actos médicos de satisfacción con finalidad estética es de tipo contractual, y además, en el curso del presente trabajo observaremos cómo será relevante el análisis de la responsabilidad civil extracontractual que, tradicionalmente, se ha vinculado a cualquier tipo de responsabilidad sanitaria.

tipo de responsabilidad, *vid.* REGLERO CAMPOS, L. Fernando y BUSTO LAGO, José Manuel (coords.), *Tratado de Responsabilidad Civil*. Ed. Thomson Reuters - Aranzadi. 5ª edición. 2014. Cizur Menor.

Aunque en honor a la verdad la obra coordinada por D. Juan Antonio Moreno Martínez: *La responsabilidad civil y su problemática actual*, sí que contiene un capítulo destinado a la responsabilidad civil derivada de la medicina privada que, aunque no versa exclusivamente sobre medicina voluntaria, sí que realiza alusiones a cuestiones de la misma, *vid.* MORENO MARTÍNEZ, Juan Antonio (Coord.), *La Responsabilidad Civil y su problemática actual*. Ed. Dykinson. 2007. Madrid.

⁹ Sin embargo, existen muy reseñables excepciones al *silencio* al respecto de la medicina de satisfacción, como la monografía de MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ, José Manuel, *La cirugía estética y su responsabilidad*. Ed. Comares. 1997. Granada.

¹⁰ ARBESÚ GONZÁLEZ, Vanesa, *La responsabilidad civil en el ámbito de la cirugía estética*. Ed. Dykinson. 2016. Madrid.

¹¹ GALÁN CORTÉS, Julio César, *La responsabilidad civil médica*. Ed. Thomson Reuters - Civitas. 5ª ed. 2016. Cizur Menor.

¹² SÁNCHEZ GÓMEZ, Amelia, *Contrato de servicios médicos y contrato de servicios hospitalarios*. Ed. Tecnos. 1998. Madrid.

El título de mi estudio ha sido mi guía durante el proceso de realización del mismo y, aunque se ha precisado levemente con el transcurso de la investigación, nunca ha diferido demasiado, me he mantenido fiel a él, dado que el objetivo era el señalado, dar entidad a la medicina voluntaria de ámbito privado con finalidad estética, para atacar desde una vertiente distinta el problema de la responsabilidad civil médica, y el alcance de los contratos que en este ámbito se celebran, y poder convertir en algo nuevo un tema clásico. Por este motivo el título de mi tesis es el siguiente:

"EL CONTRATO Y LA RESPONSABILIDAD CIVIL EN LOS ACTOS MÉDICOS DE SATISFACCIÓN CON FINALIDAD ESTÉTICA"

3. Estructura y Metodología

El presente estudio parte de la relación contractual existente entre los profesionales y los usuarios o clientes de los actos médicos de satisfacción, por ello, el trabajo se ha estructurado en cinco capítulos que representan las cinco etapas que pueden darse cuando nos ubicamos frente a los actos médicos de satisfacción.

Capítulo I. EL ACTO MÉDICO DE SATISFACCIÓN.

Parte Primera: EL CONTRATO POR EL QUE SE CELEBRAN LOS ACTOS MÉDICOS DE SATISFACCIÓN CON FINALIDAD ESTÉTICA.

Capítulo II. EL CONSENTIMIENTO INFORMADO.

Capítulo III. EL CONTRATO DE ACTOS MÉDICOS DE SATISFACCIÓN CON FINALIDAD ESTÉTICA.

Parte Segunda: RESPONSABILIDAD CIVIL EN LOS ACTOS MÉDICOS DE SATISFACCIÓN CON FINALIDAD ESTÉTICA.

Capítulo IV. RESPONSABILIDAD CIVIL EN LOS ACTOS MÉDICOS DE SATISFACCIÓN.

Capítulo V. LA INDEMNIZACIÓN Y EL *QUANTUM* INDEMNIZATORIO.

Como se observa, los cuatro últimos capítulos se han incluido en dos partes independientes: la Primera Parte (Capítulos II y III) versa sobre los aspectos

contractuales, y la Segunda Parte (Capítulos IV y V), sobre la responsabilidad civil. El Capítulo I, que precede a las dos partes del trabajo es un capítulo introductorio breve, que consideramos relevante para centrar el objeto de estudio que posteriormente se analiza a lo largo de la obra.

En el presente estudio se incluye, asimismo, un Capítulo Final en el que se recogen las Conclusiones que se extraen del proceso de investigación sobre cada uno de los capítulos que se han desarrollado en el presente estudio y generales sobre el global del trabajo, y también se realizan propuestas personales que consideramos que podrían aportar luz a los pasajes más oscuros de aquellos que han sido analizados. Y, a modo de cierre, la jurisprudencia referenciada, la legislación analizada, la bibliografía consultada para las distintas fases de la realización del trabajo.

En relación con la metodología, como puede diferirse de la lectura de los títulos de los capítulos, hemos decidido constituir la tesis doctoral como un estudio *cronológico* desde el punto de vista del sujeto que contrata un acto médico de satisfacción. Así, el primer capítulo se ocupa de definir la figura del *acto médico de satisfacción* y de sus características y clases; el segundo de la relevancia del consentimiento informado, que siempre estará presente en este tipo de intervenciones; el tercero, sobre el contrato que se celebra para que puedan existir estos actos médicos; el cuarto, al respecto de la responsabilidad civil que puede acontecer y, el quinto, al respecto de la indemnización y la cuantía de la misma y de las formas que hay de calcularla.

En el momento actual resultaría inaceptable no observar el estado de la cuestión desde el prisma del Derecho Comparado. De modo que, además del estudio pormenorizado de las cuestiones que se han considerado fundamentales en cada uno de los capítulos de la presente tesis, se ha incluido un apartado final en ellos en el que se analizan algunos aspectos de la misma materia, en relación con los ordenamientos jurídicos de los sistemas de nuestro entorno europeo, pero centrando especialmente la visión en la regulación de Francia e Italia.

4. Objetivo de la investigación

Todo lo expuesto hasta el momento obedece al objetivo de la investigación, que se ha realizado con la finalidad de abordar el tema de la responsabilidad sanitaria desde un punto de vista novedoso, diferente y poco protagonista de estudios independientes, pese a su entidad.

Algunos de los aspectos que se van a desarrollar en la presente tesis se han considerado como "marginales" desde momentos incluso anteriores a la democracia en nuestro país. Y es que el tema de las intervenciones médicas con finalidades distintas a las curativas, y especialmente con finalidad estética, no es tan novedoso como puede parecernos, tal y como se verá durante el estudio, pero más peculiar es observar este trato jurídico hacía la cuestión si tenemos en cuenta la relevancia que este tipo de intervenciones tiene en nuestro país. Esto es especialmente interesante por cuanto el 8% de las intervenciones de cirugía estética¹³ de todo el mundo se realizan en España, que además es el primer país europeo desde el año 2006 en volumen de este tipo de intervenciones estéticas¹⁴.

Otro de los objetivos de la presente tesis es observar cuál es el estado de la regulación existente en materia de responsabilidad civil y también en materia de contratos y obligaciones, con el objetivo de señalar las carencias que se consideren relevantes, si las hubiere, en relación con el tema de estudio, y también sugerir, desde la más absoluta modestia, soluciones que resuelvan los problemas de vacío normativo o de insuficiencia normativa.

Así, la investigación se centrará en dar respuesta a las dudas existentes al respecto de los actos médicos de satisfacción con finalidad estética, de forma compleja y atendiendo a las peculiaridades que deben tenerse en consideración en nuestro ámbito de estudio.

¹³ La Cirugía Estética es solo una de las prácticas englobadas dentro de los *actos médicos de satisfacción con finalidad estética*, como veremos al definirlos, pero es una de las más relevantes, y la que además, por los riesgos que conlleva asimilados, más juridicidad presenta. Además es tipo de acto médico de los que se engloban dentro de la medicina de satisfacción donde hallamos más sentencias y más referencias bibliográficas, pero no es la única que se analizará en nuestra investigación.

¹⁴ Como puede comprobarse en distintas publicaciones, recogidas todas ellas en un artículo propio, redactado para el blog de la entidad Eupharlaw - European Pharmaceutical Law Group - que puede leerse en la siguiente url: <http://www.eupharlaw.com/es/el-mercado-de-la-belleza-arrasa-en-espana/> Publicado el 7 de noviembre de 2014.

INTRODUCCIÓN

La ciencia médica es una de las más prolíferas y multidisciplinarias que existen. La medicina nació con el objetivo de sanar, remediar o paliar las consecuencias de las patologías y enfermedades que padecemos las personas. Sin embargo, en la actualidad la curación no puede entenderse como su único fin, ni tan siquiera dentro del ámbito de lo que conocemos como *medicina asistencial* o *curativa*.

Una buena muestra de ello es el auge que durante el siglo XX experimentó la llamada *medicina preventiva*, que ya se encuentra perfectamente consolidada en nuestra sociedad, y que tiene como objetivo evitar que ciertas enfermedades se extiendan o que ciertos grupos sociales las contraigan o que, una vez han penetrado en la sociedad, se extiendan lo mínimo posible, llegando incluso a lograr la erradicación de enfermedades, gracias a la prevención que evita la propagación.

Pero por descontado, fuera del ámbito asistencial también existen infinidad de técnicas médicas que no paran de desarrollarse y evolucionar. Existen datos históricos relativos a tiempos ancestrales, que hablan de la existencia de actuaciones cosméticas y farmacológicas sin otro objetivo que el de alterar el aspecto de los individuos¹⁵. En origen, estas técnicas eran aplicadas por "médicos" y alquimistas que tenían reconocimiento por su labor sanadora y por el prestigio que les otorgaba la realización de estas mismas prácticas.

Coincide con lo expuesto GIMENO Y RODRÍGUEZ-JAEN, que en el discurso que pronunció ante la Real Academia Nacional de Medicina el 6 de mayo de 1923¹⁶, señaló que, *"fuera antes del campo de acción directa del médico, adquirieron en la antigüedad gran importancia y perfeccionamiento (las técnicas estéticas). Así se explican aquellos palillos torneados que en las manos de las hábiles amasadoras atenienses realizaban inteligentemente el masaje facial; y las depilaciones practicadas por las elegantes eupatridas que, más tarde, pasaron también a ser práctica obligada de los patricios romanos, creando la tradición que ha hecho de Italia una de las cunas*

¹⁵ Es por todos conocido el uso de aceites, esencias, cataplasmas y lociones en el antiguo Egipto y en otras civilizaciones antiguas y clásicas, con el mero fin de embellecer o resaltar la belleza de las personas, o de ocultar o camuflar los olores personales.

¹⁶ GIMENO Y RODRIGUEZ-JAEN, Vicente, *Algo de cirugía estética de la piel*. Discurso de recepción pronunciado el día 6 de mayo de 1923 ante la Real Academia Nacional del Medicina. 1923. Madrid.

*de la depilación con pinzas, y que en el Renacimiento se importó a Francia con los Valois, por sus bodas italianas"*¹⁷.

Como se observa en el fragmento citado, incluso un cirujano plástico o estético de los años 20 del siglo XX ya encontraba en la antigüedad la relevancia y el gusto por la estética, muy vinculado a la medicina, o como rama o especialidad de la misma, o mejor, como ámbito que se ha ido incluyendo dentro de la medicina.

Según explica ROYO-VILLANOVA existen indicios históricos de intervenciones médicas con objetivo meramente estético ya en el siglo XIII¹⁸, algo que puede sorprendernos, pues en España se ha comenzado a hablar abiertamente de este tipo de intervención una vez se consolidó la democracia, en el último cuarto del siglo XX.

Pese a no poder determinar si el caso del siglo XII expuesto por ROYO-VILLANOVA describe o no la primera intervención quirúrgica con finalidades estéticas documentada, resulta relevante para todos nosotros observar como algo que consideramos propio de nuestro tiempo contemporáneo, es menos actual de lo que creíamos, pues es, al menos, unos siete siglos más antiguo que nosotros mismos. Por ello resulta tan peculiar que en nuestro ordenamiento jurídico, y en la doctrina y jurisprudencia que lo desarrolla y describe, no exista demasiada literatura jurídica relativa a las intervenciones médicas de satisfacción¹⁹.

¹⁷ *Cit. supra*, pág. 14.

¹⁸ Señala el autor: "*una de las más antiguas operaciones de cirugía propia y rigurosamente estética, de que se tiene noticia, se remonta al siglo XIII. Nos referimos a las que se realizó el famoso caballero y poeta de Estiria, en la Austria actual, Ulrich Liechtenstein, el cual, siendo paje, se había enamorado de una dama de altísima alcurnia, cuya personalidad no ha podido ser identificada a ciencia cierta por la investigación histórica (...) en cierta ocasión, la orgullosa castellana hizo saber al juglar, por conducto de una tía de él, que aún cuando fuese digno de ella, nada quería saber de su amor, porque tenía el labio superior muy prominente, demasiado feo. Al enterarse el poeta del mensaje de la dueña de sus sueños, no vaciló un momento. Mandó ensillar su caballo, se trasladó a la próxima ciudad de Graz, fue en busca del cirujano más hábil de la población, y le prometió una crecida suma si le arreglaba el labio que tanto le afeaba. Se llegó a un acuerdo, y todo parece indicar que la intervención de cirugía facial, de marcado, de exclusivo carácter estético, dio el resultado apetecido, y que ésta fue la primera operación de tal clase que registra la historia de la cultura*". ROYO-VILLANOVA, Ricardo. *Cirugía Estética. Medicina legal - Criminología - Delincuencia - Responsabilidad*. Ed. Ariel. 1958. Barcelona. Página 39 y siguientes.

¹⁹ ARBESÚ GONZÁLEZ, hablando sobre la cirugía estética, en exclusiva, señala que "*a pesar de que la cirugía estética es una de las especialidades médicas que ha sido objeto de mayor litigiosidad en nuestro país, su estudio doctrinal no es muy abundante*". ARBESÚ GONZÁLEZ, Vanesa, *La responsabilidad civil en cirugía estética*. Ed. Dykinson. 2016. Madrid. Pág. 27.

La falta de literatura jurídica, o mejor, la falta de obras que aborden la medicina estética y su impacto jurídico de forma autónoma e independiente, es una de las principales dificultades que me han afectado directamente durante la realización de la obra, pero no ha sido la única. La doctrina jurisprudencial estudiada, desde 1950 hasta la actualidad, ha realizado giros interpretativos que en ocasiones no han sido completamente adoptados por los tribunales menores o por la doctrina científica, y eso ha llevado a una situación actual en la que conviven ideas de pensamiento opuestas. Todas ellas relativas a este tipo de intervenciones o actuaciones médicas y a la responsabilidad ligada a ellas, y también al respecto de las formas contractuales emparejadas a estos negocios jurídicos y al alcance de las obligaciones que las partes contraen al obligarse contractualmente.

Todo lo anterior irrigado por una alarmante ausencia de normas específicas para el ámbito civil sanitario, que afecta al ámbito contractual y también al ámbito de la responsabilidad civil sanitaria relativa a los actos médicos objeto de estudio en la presente tesis.

En este contexto de innegable inseguridad jurídica, España sigue siendo el país con mayor número de cirugías estéticas, que, sin embargo, cada vez representan una parte más pequeña de lo que conocemos como *actos médicos de satisfacción con finalidad estética*, pues los avances científicos y tecnológicos nos están llevando hacia el surgimiento de técnicas innovadoras y no-quirúrgicas que están consiguiendo sustituir muchas de las intervenciones médico-estéticas que, hasta ahora, eran siempre quirúrgicas²⁰.

En el presente estudio se analizará la controvertida situación actual del ámbito contractual y de la responsabilidad civil de estas intervenciones médicas que no pretenden curar, sino embellecer, y además de extraerse conclusiones, se realizará un esfuerzo por proporcionar algunas soluciones, que ayuden a paliar los conflictos existentes.

²⁰ Como es el caso del surgimiento de técnicas de *rinodelación*, que están desplazando a las antiguas *rinoplastias*, pues consiguen una alteración del aspecto de la nariz, sin acudir a costosas, doloras y ciertamente peligrosas intervenciones quirúrgicas. Además, las técnicas de rinodelación disminuyen - e incluso en ocasiones eliminan - el periodo de recuperación, lo que supone una mejoría en contraposición con las técnicas quirúrgicas tradicionales.

Todo ello sin omitir, como dijimos, el estudio de la cuestión desde el punto de vista de la jurisprudencia española y de las resoluciones de las audiencias provinciales. Se analizan en la tesis más de 50 años de sentencias del Tribunal Supremo sobre la materia de los actos médicos de satisfacción con finalidad estética - desde la Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de marzo de 1950²¹ -, intentando relacionar cada una de ellas con las cuestiones que se están estudiando en cada uno de los apartados de la investigación. Además, también se realiza un examen profundo de la jurisprudencia menor, que nos permite señalar las controversias que, entre los propios órganos jurisdiccionales de nuestro Estado existen.

A mayor abundamiento, hemos considerado oportuno investigar parte de los ordenamientos jurídicos de nuestros vecinos más próximos - especialmente el francés y el italiano -, aunque en ocasiones puntuales se han analizado otras regulaciones extranjeras, intentando hallar soluciones a controversias que no podrían observarse exclusivamente desde nuestro punto de vista, sino que requieren una visión más global.

²¹ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 21 de marzo de 1950. Ponente D. Acacio Charrín y Martín Veña, RJ\1950\394.

CAPÍTULO I. EL ACTO MÉDICO DE SATISFACCIÓN

1. Los actos médicos de satisfacción. Concepto jurídico

Los objetos de nuestro estudio son las cuestiones contractuales y la responsabilidad de los profesionales sanitarios en relación con los *actos médicos de satisfacción*.

El concepto de *acto médico de satisfacción* no surge de una norma jurídica. Nace de la mezcla entre la doctrina científica y la jurisprudencia, concepto que adapto y adopto²² porque pretendo que sea el elemento definitorio de las actuaciones analizadas en la presente Tesis, especialmente los actos médicos de satisfacción *con finalidad estética*, que es una suerte de subespecie dentro de los primeros.

En nuestra opinión, pese a que no es un concepto definido por ninguna norma, resulta de fácil comprensión, porque es muy visual e intuitivo, y por ello nos hemos atrevido a cristalizarlo, y a extraerlo de la doctrina y de la jurisprudencia, que no lo denominan siempre igual y a proponerlo como guía que nos servirá a lo largo de todo el trabajo.

Es frecuente encontrar ocasiones en las que tanto la doctrina como las resoluciones judiciales se refieren a los que nosotros entendemos como *actos médicos de satisfacción* con expresiones como *medicina satisfactiva* o *medicina voluntaria*, *cirugía estética*, o *medicina no curativa*.

Podría incluso decirse, sin miedo a estar errando, que en un primer momento se habló de la *cirugía satisfactiva* (o directamente *estética*), y con posterioridad se ha evolucionado hasta la actualidad, momento en el que se suele hablar de *actos médicos de satisfacción* o *medicina de satisfacción*, con el error generalizado de no distinguir entre los que tienen una finalidad estética y los que no la tienen. Aunque ello ya muestra una evolución, pues como veremos, no todos los actos médicos de satisfacción son de

²² Puede decirse que es algo también pionero dentro de la presente tesis, como nuestro objeto estudio es exclusivamente la medicina voluntaria y de satisfacción, ha sido necesario definir el tipo de acto jurídico. Adoptar el *acto médico de satisfacción con finalidad estética* como marco definitorio del objeto de investigación hace que se deba proponer una definición del concepto y, si cabe, encuadrar la actuación de los médicos en la definición que se propone.

tipo quirúrgico, por lo que el término *cirugía*, se queda evidentemente corto para englobar esta realidad, de ahí que consideremos más acertado hablar de *acto médico*.

Volviendo a los orígenes del concepto, consideramos prudente analizar las primeras tesis doctrinales sobre la llamada *cirugía satisfactiva*.

Parece que el autor que originó el estudio doctrinal del concepto *cirugía satisfactiva* es MARTÍNEZ-CALCERRADA Y GÓMEZ, que publicó un artículo en el año 1995 en la revista La Ley (actual Diario La Ley), y en el que analizaba una Sentencia del Tribunal Supremo de 1994²³.

En el artículo referido, titulado "*Responsabilidad médica en su dualidad funcional: cirugía asistencial, cirugía satisfactiva*"²⁴ el autor realiza una definición del concepto *cirugía satisfactiva* incluyendo la *clasificación y sus especies*²⁵. De un modo, a nuestro entender muy acertado, incluso, antes de entrar en la definición de la cirugía satisfactiva, realiza una magnífica descripción y conceptualización de los actos médicos²⁶.

A renglón seguido de la definición de *acto médico*, se realiza una primera definición de la *cirugía asistencial* y de la *cirugía satisfactiva*. Debemos centrarnos en la segunda de las conceptualizaciones realizada, pues es de la que ha derivado el concepto de *acto médico de satisfacción* que proponemos y que es preciso analizar. Según el autor:

"La cirugía satisfactiva responde, exclusivamente, a la demanda, por parte de la persona interesada, de un efecto retributivo, en cuanto que se

²³ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 25 de abril de 1994 Ponente D. José Luis Albácar López. RJ\1994\3073. Que será analizada en otro apartado del presente estudio, y que versaba sobre lo que suele considerarse una intervención menor (vasectomía).

²⁴ MARTÍNEZ-CALCERRADA Y GÓMEZ, Luis, "Responsabilidad médica en su dualidad funcional: cirugía asistencial, cirugía satisfactiva. (Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 25 de abril de 1994. Juego de la "lex artis ad hoc")" en *La Ley: revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*. Año 1995, Tomo 3º, páginas 698 - 712. Madrid. 1995.

²⁵ Cuestiones que han servido de base para la realización de la caracterización de los actos médicos de satisfacción, en los apartados siguientes.

²⁶ "Cuando se hace referencia al acto médico, sin lugar a dudas se incluye aquella prestación realizada por el profesional de la medicina ante una demanda o petición de sus conocimientos o pericia, realizada por cualquier persona; no obstante esta genericidad, respecto a cualquier actuación profesional, el estudio que subsigue se ciñe, exclusivamente, a las actuaciones médicas que suponen la intervención o inmisión corporal por el profesional o experto en la naturaleza somática de la persona receptora de su intervención". MARTÍNEZ-CALCERRADA Y GÓMEZ, Luis, *op. cit* (La Ley -1995). Pág. 706.

*solicita se le repare o restaure cualquier defecto que en su sentir padece interna o externamente en su naturaleza corporal, y que puede desdoblarse, o bien en una intervención tendente a privar a sus órganos del desenvolvimiento de una función natural o biológica que le depara un determinado resultado, que, en el sentir de interesado, le provoca un malestar que quiere eliminar; o bien se trata de la existencia de un defecto que (asimismo en su sentir) le perjudica en su imagen externa, y que, por lo tanto, lo que se persigue con ello es la extirpación o la desaparición. En un primer aspecto de esa cirugía satisfactiva puede hablarse de cirugía preventiva de ese resultado funcional y en el segundo, abocarse ya dentro del campo propio de la cirugía estética"*²⁷.

Así, MARTÍNEZ-CALCERRADA entiende que por cirugía satisfactiva pueden englobarse actos médicos que derivan siempre de una solicitud de la *persona interesada* que puede tener, o no, finalidad estética. Cabe destacar que en las argumentaciones del prestigioso autor, no se habla en exclusiva de intervenciones de tipo quirúrgico, motivo por el que sorprende que se hable de *cirugía* satisfactiva, cuando constantemente se hace alusiones al binomio "cirugía o intervención médica"²⁸. Consideramos que hubiera sido más afortunado que se hubiera huido del concepto *cirugía*.

Sin embargo, entendemos que era un momento inicial, en el que no existían demasiadas referencias doctrinales y el autor citado estaba elaborando, con las notas de las sentencias que analizaba, la figura de la *medicina satisfactiva*. Además, consideramos que habló de cirugía satisfactiva, porque en aquel momento contemporáneo a su obra, los actos médicos con finalidad estética eran básicamente quirúrgicos, aunque en los últimos veinte años la cuestión, como veremos a lo largo de estas páginas, ha evolucionado mucho.

Al respecto de los *actos médicos de satisfacción* cabe indicar que:

En una monografía del año 2002, GARCÍA HERNÁNDEZ hablaba de *Actos médicos de satisfacción (cirugía estética)*²⁹ haciendo alusión a la tesis que hemos observado detenidamente de MARTÍNEZ-CALCERRADA³⁰.

²⁷ Cit. *Supra*. Pág. 706.

²⁸ Por ejemplo en la página 709, dentro del apartado 2. Cirugía Satisfactiva. A) Sus especies: estética y preventiva. (Todo ello dentro del artículo del año 1995 de Luis Martínez-Calcerrada al que se está realizando reiterada alusión).

²⁹ GARCÍA HERNÁNDEZ, Tomás, *Elementos de Derecho Sanitario en la Responsabilidad Civil y Penal de los Médicos por mala praxis*. Ed. Edisofer. 2002. Madrid. Pág. 22. La referencia a la obra de MARTÍNEZ-CALCERRADA se realiza en la página 20, al ser un artículo que sirvió de guía al autor para todo el capítulo.

Estos dos autores solo se refieren con *actos médicos de satisfacción* a los que sean de objetivo estético, e incluso puede parecer que solo se refieren a la cirugía estética, que son los que proponemos que sean renombrados como *actos médicos de satisfacción con finalidad estética*.

Resulta significativo observar como GARCÍA HERNÁNDEZ considera que el acto médico de satisfacción relaciona a profesionales médicos con sus *clientes*, atendiendo para establecer ese argumento en favor del concepto de cliente, al hecho de que no existen necesidades asistenciales³¹.

En nuestra opinión, el autor comete un error pues los actos médicos de satisfacción no son exclusivamente estéticos³², tal y como también consideraba MARTÍNEZ-CALCERRADA. Estas alusiones de los autores referidos parecen ser el inicio de la doctrina española que ha definido los actos médicos de satisfacción, aunque MARTÍNEZ-CALCERRADA se haya referido a estos actos con un nombre que no los engloba todos, y GARCÍA HERNÁNDEZ no haya analizado completamente todos los actos que pueden englobarse en la figura.

Es relevante también señalar la existencia de la monografía de MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ³³, que no era ajeno a la existencia de intervenciones médicas no quirúrgicas en el ámbito estético, es decir, no cometió ningún error por omisión al no hablar de *medicina estética*, o de *actos médico-estéticos*. Su título y su objeto de estudio se centra en la materia de la cirugía estética y su responsabilidad, alertando de algo que, veinte años después sigue siendo motivo de alerta y de análisis en el presente trabajo: el riesgo que provoca para el cliente o usuario la falta de especialización de los

³⁰ MARTÍNEZ-CALCERRADA, Luis, *op.cit.* (La Ley 1995).

³¹ Según GARCÍA HERNÁNDEZ, acto médico de satisfacción “*es el que responde a lo solicitado, no por un paciente – sino por un cliente – en cuanto que esta persona no sufre dolencias ni requiere de intervenciones que de no realizarse pudiera peligrar su vida, sino de actos que modifiquen su estética u órganos naturales, que le deparen un determinado y concreto resultado. En ningún caso se dirige a la superación de una patología o dolencia, sino que por razones estéticas o biológicas se convierte en paciente voluntario y se somete a una intervención quirúrgica en condiciones de total lucidez*”. GARCÍA HERNÁNDEZ, Tomás, *op. Cit.* Pág. 22.

³² De ahí nuestra subcategorización de los actos médicos de satisfacción en dos clases según tengan, o no, finalidad estética.

³³ Que se publicó en el año 1997, bajo el título “*la cirugía estética y su responsabilidad*”. Vid. MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ, José Manuel, *La cirugía estética y su responsabilidad*. Ed. Comares. 1997. Granada.

profesionales³⁴ y la *pasividad de la administración*³⁵. Por ese motivo, el autor prefirió no entrar a analizar las intervenciones médicas no quirúrgicas, que además estaban ciertamente menos desarrolladas en aquel momento, motivo por el que en la actualidad no podemos omitirlas.

En nuestra opinión, y teniendo en cuenta los pequeños defectos señalados, las distintas definiciones realizadas hace unos años requieren ser actualizadas, dado que la medicina es una ciencia que ha evolucionado mucho en un corto espacio temporal y no cabe equiparar del todo los actos médicos de satisfacción con la cirugía estética, sino con la medicina estética y con otras prácticas médicas sin finalidad estética (quirúrgicas y no quirúrgicas).

Llegamos a esta conclusión porque, primeramente, cada vez existen mayores alternativas a las intervenciones quirúrgicas, tanto para fines estéticos como para los demás. Esto es, cada vez existen más actuaciones sin necesidad de intervención quirúrgica, por lo que no cabe que hablemos exclusivamente de *cirugía de satisfacción*. Y en segundo lugar, debemos realizar apreciaciones a la definición de GARCÍA HERNÁNDEZ por cuanto, como hemos comentado, se centra exclusivamente en las intervenciones con finalidad estética y, como veremos en el presente Capítulo existen, asimismo, actos médicos de satisfacción sin finalidad estética.

El resto de la doctrina analizada, de finales del siglo XX y principios del siglo XXI, hablan de *medicina de satisfacción* (en el caso de que analicen la cuestión), generando una definición negativa de la misma: la medicina que *no cura*, sino que solo pretende satisfacer unas peticiones concretas que un sujeto solicita al profesional sanitario, y la analizan como cuestión excepcional dentro de sus obras cuando estudian los aspectos jurídicos de la medicina curativa.

Prudentemente, podemos avanzar que definimos el *acto médico de satisfacción* como aquel que se debe a la voluntad del interesado que, como regla general, no se encontrará enfermo, ni en situación de urgencia vital y que, por tanto, no tendrá una

³⁴ Del que se hablará en siguientes apartados de la presente investigación.

³⁵ "Ha surgido actualmente un grupo de médicos, que realizan tratamientos no quirúrgicos que denominan Medicina Estética y que no tienen más contacto con la Cirugía Estética, que el adjetivo calificativo que sigue a los sustantivos medicina y cirugía. Pero lo más grave y ante la pasividad de la administración, es que algunos desaprensivos intentan mezclar ambos conceptos, con fines comerciales y para aprovecharse de la confusión de río revuelto " MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ, José Manuel, *op. cit.* Pág. 185.

finalidad curativa, sino que en un número muy relevante de ocasiones tendrá una finalidad meramente estética, y en otras ocasiones, otro tipo de finalidad no estética, pero tampoco de relevancia vital.

1.1. Evolución histórica de la medicina que hasta llegar a los actos médicos de satisfacción. Definición propia del concepto

Como se ha señalado, el objeto del presente estudio se centra en los *actos médicos de satisfacción con finalidad estética*, cuestión por la que resulta fundamental conseguir una definición de los mismos. Algo que no resulta sencillo, pues no encontramos ninguna referencia normativa en el Ordenamiento Jurídico español sobre esta figura, sino que se ha ido construyendo una definición doctrinal y jurisprudencial.

Adelantándonos al estudio de la evolución histórica, podemos realizar una definición negativa inicial, y en este punto aún un poco simplista, de lo que entendemos por acto médico de satisfacción con finalidad estética: es aquél que *no pretende la sanación del paciente*, sino la modificación de aspectos físicos o de la anatomía *del cliente*³⁶.

En relación con la evolución histórica, el objetivo o finalidad *no asistencial* y muy especialmente la finalidad estética ha influido en los actos médicos en distinto grado a lo largo de la historia de la medicina, y, aunque en muchas ocasiones se ha considerado la estética como un motivo superfluo y poco relevante, especialmente al compararse con la finalidad curativa de la medicina asistencial, en otros períodos históricos, la belleza y el fin estético ha llegado a tener un enorme peso³⁷.

³⁶ Como veremos en este mismo capítulo, existen dos corrientes de pensamiento opuestas al respecto de la oportunidad del concepto cliente, en vez del sustantivo paciente. Prudentemente podemos señalar que encontramos varios motivos de peso - que serán analizados en apartados siguientes - para considerar a las personas que acceden a este tipo de actuaciones médicas como clientes y no como pacientes, o cuando menos (por lo poco pacífico del asunto) como un *híbrido* entre las dos figuras.

³⁷ Realiza un estudio realmente interesante y completo sobre los orígenes de la *cirugía plástica y estética* MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ, José Manuel, *La Cirugía Estética y su Responsabilidad*, Ed. Comares. 1997. Granada. Es especialmente recomendada la lectura del primer capítulo de la obra, por cuanto además de repasar la historia de estos actos, analiza el auge de la cirugía estética y plástica en España en el siglo XX identificando incluso a los profesionales que fueron de mayor renombre y con su labor hicieron que su rama de la medicina evolucionase y ganara popularidad y reconocimiento.

Estudiosos de las civilizaciones antiguas, como la civilización egipcia, la griega, la romana (entre otras), detallan como en muchas de estas civilizaciones, especialmente en las politeístas, existía un enorme culto al cuerpo, y la belleza era un valor y objetivo de los seres que conformaban esas civilizaciones. Así, es significativo, por ejemplo, los estudios al respecto de los cuidados de la piel a los que se sometía la emperadora Cleopatra VII del antiguo Egipto, más conocida por nosotros sin el número, dado que de las Cleopatras anteriores existen menos datos conocidos³⁸.

Especialmente reseñable es que, desde la Edad Media hasta el final del siglo XIX, en Europa se vive una etapa de cierta pérdida de relevancia de la belleza y de dejadez generalizada en el cuidado personal, que tiene su origen en muchas y muy distintas causas³⁹. En definitiva, desde la Edad Media hasta el romanticismo se siguen una sucesión de momentos más o menos implicados con cuidado estético del cuerpo humano y la búsqueda de la belleza, pero la apariencia personal no ha dejado de ser una cuestión ciertamente relevante en muchos y muy distintos momentos históricos.

Este breve y sencillo análisis histórico es relevante para exponer el motivo por el que actualmente consideramos (como sociedad) que el objetivo principal de la medicina es la sanación, y encontramos poco meritorio cualquier acto médico que no tenga esa finalidad asistencial.

Conforme se ha ido evolucionando, se han encontrado nuevos tratamientos médicos que podían solventar problemas de salud de mayor o menor gravedad, pero que suponían, una profesionalización del médico y del resto de personal sanitario. Evolución

³⁸ Los mitos sobre la belleza de Cleopatra VII, y otros como el de la belleza de los deportistas olímpicos de la antigua Grecia, han llegado a nuestro ideario actual, a veces sin demasiadas evidencias históricas. Concretamente, hay historiadores que opinan que la "belleza" que se le atribuye a Cleopatra VII, sería más bien una idealización de la misma, que al parecer era una mujer con un enorme atractivo, pero no físico, sino fruto de su elevado nivel cultural y de sus habilidades sociales y de mando.

Sin que quepa entrar a valorar cuánta evidencia hay sobre la belleza de las figuras expuestas como ejemplo, no existe duda en que en tal caso (y otros tantos que podemos encontrar en la literatura y las artes plásticas referidas a la antigüedad) se ha generado un mito de la belleza en la historia clásica, y ha llegado hasta nuestra sociedad actual. Además, se ha ido fomentando la supervivencia de esos mitos desde el clasicismo, momento en el que surge un elevado interés por la historia y el arte antiguos. Estos mitos han tenido un reflejo en la cosmética y cuidados de la piel, en la creación de perfumes, y también en otros tratamientos, todos ellos con el objetivo de asemejar la apariencia de las personas a los estándares de belleza del momento.

³⁹ Pero hay que puntualizar que siempre han existido sociedades y/o estratos sociales que han estado más interesados en rendir un cierto culto al cuerpo. También han existido etapas más *pro belleza*, como el barroco - pese a que sea una belleza muy distinta a la concepción actual -, y otras etapas más contrarias a ese culto, como el puritanismo británico de la sociedad victoriana

que ha configurado el objetivo primordial de la ciencia médica. La relevancia de ese objetivo hace que en ocasiones pueda entenderse como poco o nada interesante que haya profesionales de la salud que dediquen su tiempo y esfuerzo a una ciencia que no cura.

A partir del siglo XIX y, especialmente a partir de las dos grandes guerras del siglo XX, pasa a ser más que habitual la rama de la medicina que engloba prácticas reparadoras o reconstructivas, que se desarrolló en lo que hoy entendemos como *cirugía plástica y reparadora*⁴⁰. Y que podría considerarse como un gran preámbulo de los actuales *actos médicos de satisfacción*.

Este argumento es coincidente con la doctrina de ROYO-VILLANOVA, que en una publicación de 1958 señalaba que "*la Cirugía Estética nace de la cirugía plástica, que tiene sus remotos orígenes en los alfareros y tejeros hindúes*"⁴¹, y complementa recordando que, como se decía anteriormente, que la referida cirugía reconstructiva avanzó mucho en momentos bélicos y de postguerras⁴².

La finalidad de la cirugía plástica y reparadora es mejorar la situación y el aspecto de pacientes que padecen deformidades o mutilaciones, para corregirlas. Pero el referido auge de estas prácticas de reconstrucción facilitó que surgiera una medicina paralela, aunque estrechamente vinculada, experta y practicada por profesionales fuera del ámbito de la reparación, y también fuera del ámbito de la curación: la *cirugía estética*. Es una disciplina con entidad propia, que parte de la idea de que si se puede intervenir a una persona para embellecer sus feas heridas de guerra o para facilitar la vida a los mutilados, también sería posible el uso de esas y otras técnicas médicas con el objetivo de embellecer a una persona sana y sin esas lesiones, o para cambiar la apariencia física de la misma.

⁴⁰ Debe tenerse en cuenta el gran número de víctimas y lesionados por las referidas guerras. En muchos casos se produjeron pérdidas de extremidades, o graves lesiones y amputaciones sin precedente en la medicina. También fue algo excepcional el auge de las intervenciones con el objetivo de sanar y proporcionar una mejoría funcional y habilitante a las víctimas de esas lesiones. Es muy ilustrativo el análisis que realizó MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ en su obra *La cirugía estética y su responsabilidad civil*. Op. cit. Pág. 148 y ss.

⁴¹ ROYO-VILLANOVA, Ricardo. op. cit. Pág. 9.

⁴² "*Han sido necesarias las catástrofes y los cataclismos de dos guerras mundiales y el amago de los de una tercera, para que esta especialidad quirúrgica, con sus objetivos directamente estéticos, llegara al grado actual de desarrollo y perfeccionamiento en sus aplicaciones a las necesidades y conveniencias legítimas de la vida civil ordinaria de los ciudadanos en la comunidad*". Cit. supra. Pág. 17-18.

Con esta consideración se separa, por fin, la finalidad estética (y otras finalidades no curativas pero tampoco ligadas a la belleza⁴³) del trauma o enfermedad, y se comienza a ver como objetivo en sí mismo el poder lograr una mejoría meramente estética. En la actualidad, ser o estar bello, o ser atractivo y estar sano, son objetivos que suelen perseguirse a la par⁴⁴.

Podemos considerar a los actos médicos reparadores o plásticos como la antesala del acto médico de satisfacción, especialmente de los que tienen finalidad estética, en los que nos vamos a centrar. Sin embargo, los actos médicos meramente estéticos, que engloban la cirugía estética y todo lo que hemos venido a llamar *actos médicos de satisfacción con finalidad estética*, son actos siempre voluntarios a los que el *paciente-cliente*⁴⁵ se somete por su voluntad de cambiar o corregir aspectos físicos de su organismo que no le atraen o convencen, o que considera que pueden mejorar aplicando ciertas técnicas.

En el momento histórico, sumergido dentro de la globalización, en el que actualmente vivimos, la variabilidad de las tendencias y las modas influyen mucho en la sociedad, llegando a alcanzar a nuestro ámbito de estudio. También tiene una relevancia fundamental en la expansión de la evolución científica y tecnológica, que hace que la medicina avance a un ritmo vertiginoso. Esto no es baladí, pues aun se encuentran referencias a la *cirugía estética*, que en realidad están haciendo alusión a técnicas no

⁴³ Como los objetivos referidos a la alteración de aspectos biológicos de las personas, como provocar esterilidad o ayudar a la fertilidad, que como veremos forman parte de los *actos médicos de satisfacción sin finalidad estética* (vid. Apartado 1.2).

⁴⁴ Así se llega, en mi opinión, a una confusión conceptual entre *bienestar* y tener *buena apariencia*, algo que en nuestro momento contemporáneo está alterando completamente el sistema previo, de ciencias no interrelacionadas, y está provocando que se relacionen distintas disciplinas: la medicina, la farmacología, la nutrición y la actividad física, todo ello con el fin de promover el *bienestar* de las personas, pero en ocasiones con el punto de vista demasiado centrado en el *bien aparentar*.

⁴⁵ Sobre expresión *paciente-cliente*, se utiliza aquí con un doble sentido: a) para reseñar la naturaleza híbrida de la posición que tiene la persona que contrata un acto médico de satisfacción y; b) para señalar que no es pacífica ninguna de las dos soluciones aunque, como veremos en el apartado segundo del presente Capítulo, recientemente se apueste más por el retorno al concepto tradicional de *paciente*, consideramos que como elemento lingüístico y argumentativo, pues ayuda a dar peso a la idea del cierto grado de aleatoriedad que siempre existe cuando se realiza una intervención médica, y que en la actualidad es un gran límite para la interpretación del alcance de las obligaciones, como veremos en distintos momentos de la presente investigación.

quirúrgicas o a la globalidad de actuaciones médicas con fin estético, y consideramos ello un error terminológico que está actualmente injustificado⁴⁶.

Toda la doctrina que ha analizado la cuestión, a la que humildemente pretendo sumarme, coincide en señalar que, en España, la primera vez que la Jurisprudencia del Sumo Tribunal trató la cuestión de la *medicina satisfactiva* fue en la Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de marzo de 1950⁴⁷, que se analizará más adelante porque también es la primera vez que en España se parece equiparar la medicina que *no cura* con las obligaciones de resultado, apartándose de la línea argumental clásica, que consideraba que los médicos solo se obligaban a los medios⁴⁸.

Al hilo de lo expuesto hasta ahora, especialmente en lo referido al tratamiento que en la doctrina y en la jurisprudencia se ha realizado de los actos médicos de satisfacción, uno de los mayores investigadores españoles de la responsabilidad sanitaria, GALÁN CORTÉS, establece que "*se ha diferenciado por la doctrina entre la medicina curativa (necesaria, terapéutica o asistencial), esto es, la que tiene por objeto curar al paciente que presenta una alteración patológica de su organismo, y la denominada medicina voluntaria, satisfactiva o de satisfacción, cuyo fin no es curar propiamente, sino que actúa sobre un cuerpo sano para mejorar su aspecto estético (cirugía estética, perfectiva o de embellecimiento) o para anular su capacidad reproductora (vasectomías y salpingectomías*⁴⁹)⁵⁰".

Es decir que, sin saber exactamente cuál es su origen exacto de la dicotomía *medicina de curación - medicina de satisfacción*, se refieren los últimos por la doctrina y por la jurisprudencia, siempre que han tenido que analizar situaciones en las que *excepcionalmente* el médico no estaba trabajando para curar a su paciente, sino que satisfacía alguna petición concreta y ajena a la salud.

⁴⁶ Como ya hemos expuesto, dado que los actos médicos de satisfacción con finalidad estética van mucho más allá de lo que podemos entender por cirugía estética, e incluyen infinidad de prácticas no quirúrgicas.

⁴⁷ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 21 de marzo de 1950. Ponente: D. Acacio Charrín y Martín Veña, RJ\1950\394.

⁴⁸ Sobre la ya clásica discusión entre obligación de medios y obligación de resultado, versa la mayor parte del Capítulo III de la presente tesis, por lo que no conviene en este momento incidir más sobre la cuestión.

⁴⁹ La salpingectomía es la extirpación quirúrgica de las trompas de Falopio, para esterilizar a las mujeres fértiles.

⁵⁰ GALÁN CORTÉS, Julio César, *Responsabilidad civil médica*, Thomson Civitas, 5ª edición. 2016. Pamplona. Pág. 148.

El concepto de acto médico de satisfacción tiene un surgimiento difuso en la jurisprudencia española y ha ido paulatinamente popularizándose en la doctrina, y aunque ha llegado a ser una cuestión más recurrente de lo que lo era en un momento inicial, e incluso ha habido una gran cantidad de resoluciones judiciales en materia de *medicina de satisfacción*, pese a ello, consideramos que no se ha estandarizado del todo el concepto y el alcance de los actos médicos de satisfacción. Como mínimo, no tal y como desde esta tribuna defendemos que debería suceder, pues subsisten los errores terminológicos y el uso de la expresión *cirugía estética* como sinónimo de las únicas intervenciones médicas que no tienen como objetivo sanar enfermos, y como ya hemos evidenciado, nada más lejos de la realidad.

Encontramos resoluciones que realizan un enorme esfuerzo argumentativo para diferenciar los actos médicos de satisfacción de los actos tradicionales de la medicina asistencial (o curativa), como la STS de 11 de febrero de 1997⁵¹ en la que se encuentra una clara distinción entre la *medicina de satisfacción* y la *medicina curativa*, en un argumento que posteriormente fue repetido en otras sentencias (como la STS de 29 de octubre de 2004⁵², según observa GALÁN CORTÉS⁵³).

La STS de 11 de febrero de 1997 establece en su Fundamento de Derecho Quinto lo siguiente:

*"De aquí que se haya distinguido jurídicamente dentro del campo de la cirugía entre una "cirugía asistencial" que identificaría la prestación del profesional con la locatio operum y una "cirugía satisfactiva" (operaciones de cirugía estética u operaciones de vasectomía, como la presente) que identifican aquella con la locatio operis, esto es, con el plus de responsabilidad que, en último caso, comporta la obtención del buen resultado o, dicho con otras palabras, el cumplimiento exacto del contrato en vez del cumplimiento defectuoso"*⁵⁴.

La evolución del concepto de acto médico de satisfacción llega hasta los inicios del siglo XXI, donde la sociedad es global, cambiante y muy influida e influenciada por las tendencias y la moda. Una sociedad que vive completamente ligada a un

⁵¹ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 11 de febrero de 1997. Ponente D. José Almagro Nosete, RJ\1997\940 (Fundamento de Derecho Quinto).

⁵² Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 29 de octubre de 2004. Ponente D. Xavier O'Callaghan Muñoz, RJ\2004\7218.

⁵³ GALÁN CORTÉS, *op. cit.* (5ª edición). Pág. 155.

⁵⁴ Fundamento de Derecho 5º de la STS de 11 de febrero de 1997.

concepto de belleza que varía con mucha facilidad, y que no duda en acudir a todos los medios a su alcance para lograr alcanzar este ideal de belleza.

En atención a lo expuesto, procede profundizar más sobre las características y las distintas clases de actos médicos de satisfacción.

1.2. Clases de actos médicos de satisfacción

Existen *actos médicos de satisfacción*, que no pretenden embellecer o alterar la apariencia de la persona que se somete a ellos, sino alterar aspectos biológicos de la misma, tales como la fertilidad o esterilidad. Estos actos médicos también son de satisfacción, dado que también pueden tener la consideración de *medicina voluntaria*, por no surgir a raíz de enfermedad tal que precise de intervención médica sanitaria para asegurar la continuidad de la vida, sino por la voluntad de los interesados para alterar el aspecto biológico concreto que precise la intervención.

La diferenciación entre *plástica* y *estética*, referida a la cirugía, y la diferenciación entre *medicina asistencial* y *medicina voluntaria*, que se ha expuesto con anterioridad, nos llevan a considerar a los *actos médicos de satisfacción* como voluntarios y con un objetivo principalmente estético, aunque no podemos decir que este último objetivo se encuentre siempre presente. Resulta necesario concretar el nacimiento de la *voluntariedad* en el actuar y el peso de la *finalidad* de la actuación, para poder caracterizar la intervención médica dentro del grupo correcto. Y aunque sea algo relativamente sencillo de hacer⁵⁵, la doctrina y la jurisprudencia españolas han sido poco precisas, como regla general.

Cabe destacar, siguiendo con el análisis de la doctrina y de la jurisprudencia española en relación con los actos objeto de estudio, que se suelen utilizar las expresiones medicina satisfactiva o acto médico de satisfacción, y en general cualquier alusión a una medicina no vital, sin finalidad asistencial, como sinónimo de medicina estética o cirugía estética o de cualquier actuación en la que se requiera un médico y el objetivo sea embellecer o alterar aspectos de la fisionomía de la persona intervenida. Es decir, que existe, como se indica, un problema de dispersión o poca concreción

⁵⁵ Pues solo se precisa observar el fin que tiene la intervención médica.

terminológica, que se solventa con la adopción de la expresión *acto médico de satisfacción*, concepto que es capaz de englobar prácticas médicas que van desde la cirugía estética, hasta el tratamiento con láser cutáneo para eliminar los excesos de melanina (manchas en la piel), pasando por la reproducción humana asistida o las técnicas de esterilización.

Si seguimos la línea que en la década de los 90 del siglo XX estableció MARTÍNEZ-CALCERRADA, podemos hablar de actos médicos de satisfacción⁵⁶: entendiendo que los mismos abarcan, no solo los que pretenden un resultado embellecedor, sino también los que pretenden cambios orgánicos, o alterar el funcionamiento normal de alguna función biológica del organismo.

Así se plantea en la Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de abril de 1994, anteriormente referida⁵⁷. En el fundamento jurídico tercero, el Sumo Tribunal realiza una delimitación entre cirugía asistencial y cirugía satisfactiva. Dentro de la cirugía satisfactiva, a su vez, el TS realiza una diferenciación en atención a las posibilidades de la misma, señalando que cabe que sean intervenciones no curativas con *finalidad biológica*, o bien, para el *mejoramiento del aspecto corporal, físico o estético*⁵⁸.

Es decir, en la práctica encontramos dos clases de actos médicos de satisfacción:

Actos médicos de satisfacción con finalidad estética y actos médicos de satisfacción sin finalidad estética.

⁵⁶ El autor hablaba de *cirugía satisfactiva* como puede verse, por ejemplo, en la página 706 del artículo que en 1995 publicó en la Revista Jurídica La Ley (actual Diario La Ley) anteriormente citado.

⁵⁷ Vid. Nota 23ª, la STS será convenientemente identificada a continuación.

⁵⁸ Concretamente señala el Fundamento de Derecho 3º: "y esta cirugía satisfactiva puede, a su vez, derivar en la *dualidad*, también indicada; o bien cuando se demanda o concierta la intervención del cirujano, o la actuación quirúrgica, al pretenderse con ello la *transformación, alteración o supresión de una actividad biológica para impedir que el resultado normal, que por naturaleza se derive de dicha actividad, se produzca*, ya que en el sentir del perjudicado le es perjudicial, o no le place; supuesto o clase que obvio es ha de distinguirse de la demanda de la *cirugía o intervención para el mejoramiento del aspecto externo corporal físico o estético, en cuyo campo estamos dentro del campo de la propia cirugía estética (...)* que por razones de embellecimiento corporal la persona se convierte en paciente voluntariamente y se somete a una intervención quirúrgica a los fines de eliminar un, en su sentir, defecto físico que naturalmente le produce a él o a los demás la correspondiente fealdad". Vid. Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 25 de abril de 1994 Ponente D. José Luis Albácar López, RJ\1994\3073. (la cursiva de los conceptos del acotado es propia para señalar la dualidad entre actos médicos de satisfacción con finalidad estética y sin finalidad estética).

Ambas clases de actos comparten las características fundamentales de la voluntariedad y la no necesidad (vital), por lo que es comprensible que pocas veces se haya detenido la doctrina a diferenciar las distintas situaciones de *medicina voluntaria* en atención a la finalidad del acto concreto. Esto es, observando si pretende o no un resultado estético, pero es una cuestión que resulta de capital interés.

Sucede que, en la mayoría de alusiones y referencias que encontramos en relación con los actos médicos de satisfacción, en realidad se hace referencia a medicina estética. Consideramos que se debe a que existe un mayor número de pronunciamientos judiciales sobre actos médicos de satisfacción con finalidad estética, que sobre el resto, aunque como hemos visto, encontramos decisiones tan significativas como la del Tribunal Supremo de 1994, que versa sobre una intervención sin finalidad estética⁵⁹.

Seguidamente profundizaremos más en las concretas características de los actos médicos de satisfacción de ambas clases; primero en general, para conseguir una identificación rápida e intuitiva de los mismos, y en segundo lugar, se incidirá más en las características propias de los actos médicos de satisfacción con finalidad estética, para observar aquellos que son más frecuentes, y en los que nos ocuparemos fundamentalmente en el grueso del presente estudio.

1.3. Características de los actos médicos de satisfacción

De lo que se ha comenzado a ver hasta ahora ya se pueden obtener las principales características de los actos médicos de satisfacción: *a) son actos voluntarios que no pretenden la sanación; b) son prioritariamente de ámbito privado; c) son un grupo heterogéneo de actos que incluyen actos con finalidad estética y actos sin finalidad estética*. Pasemos a concretar más cada una de estas características fundamentales:

a) Son actos voluntarios que no pretenden la sanación:

⁵⁹ También son muy significativas, las resoluciones judiciales nacionales e internacionales que versan sobre los conceptos de *wrongful birth* (nacimiento erróneo) y *wrongful life* (vida errónea), que son una compleja mezcla entre los actos médicos de satisfacción y la medicina curativa vinculada al embarazo, por cuanto mezclan errores en diagnóstico prenatal con la voluntad de interrupción de embarazo que los progenitores podrían haber tenido si hubieran conocido los padecimientos "ocultos" del aun no nacido, de haberse realizado las pruebas correctas o si las mismas se hubieran realizado correctamente.

Los actos médicos de satisfacción tienen, un elemento definitorio claro en la figura de la *voluntariedad* de los mismos. *No pretenden sanar* al sometido a ellos, pues no está enfermo, y acude a un profesional médico porque quiere, no porque lo necesite desde un punto de vista asistencial o de emergencia o urgencia vital. La salud no es el objetivo de estos actos⁶⁰.

Ya en el año 1958 se consideró oportuno por el autor ROYO-VILLANOVA separar la cirugía estética de la de sanación, señalando que la estética era una medicina (el autor decía cirugía) *especial* y <<*sui generis*>>⁶¹. Muy reseñable es este argumento por su antigüedad (1958), aunque también por la claridad con la que separa la medicina estética de la medicina sanadora al hablar de que la estética no conlleva los fines "propios" de la medicina estricta (o curativa). Es decir, la estética no pretende sanar, sólo embellecer. Sin embargo, los actuales actos médicos de satisfacción comprenden, por necesidad, más actuaciones que no pretenden ni sanar, ni embellecer. Los principales ejemplos de este tipo de actos, son las actuaciones médicas destinadas a afectar a la fertilidad o esterilidad de las personas y regular su capacidad de concepción.

Si nos centramos en el ámbito *embellecedor* de los actos médicos de satisfacción, surge un problema en la diferenciación entre *acto médico reparador* y *acto médico estético*. La distinción de estas prácticas también puede ser compleja, dado que la cirugía plástica y reparadora y la cirugía estética comparten muchas de sus técnicas, motivo por el que la categorización no será automática, sino que deberá observarse caso a caso la intervención, para poder hallar, o no, los elementos que convierten algunos casos en un *acto médico de satisfacción con finalidad estética*.

En ocasiones una misma técnica o tratamiento deberá ser considerada de medicina curativa y, en otras ocasiones, como acto de medicina satisfactiva, es el caso del siguiente ejemplo: la *mastopexia* de aumento de mamas, es una intervención muy

⁶⁰ Ello es discutible en los casos en que se acuda a actos médicos de satisfacción sin finalidad estética para tratar una esterilidad, dado que la misma puede estar debida a una enfermedad o ser, en ella misma, una enfermedad. Sin embargo, consideramos que el resultado de ese problema de salud es la imposibilidad para concebir vida humana, y ello es una cuestión que, nuevamente, no supone una urgencia vital para aquel sujeto que acuda a este tipo de actuación médica, es decir, puede entenderse que está enfermo, pero no es una enfermedad que precise tratamiento urgente.

⁶¹ "Se trata, esencialmente de una sola y única cirugía, (...) que toma para alcanzar un mismo objetivo, con fines siempre estéticos y sociales en más o menos grado, aunque con trascendencia diversa. Nos referimos concretamente a esa cirugía especial, <<*sui generis*>>, que, más que metas terapéuticas, sólo persigue resultados plásticos que nada o apenas nada tienen que ver con los fines propios de la medicina estricta". ROYO-VILLANOVA, Ricardo. *Op. cit.* pág. 11-12.

frecuente que consiste en la introducción de unas prótesis para aumentar el busto. Pues bien, se trata de una *intervención plástica y reparadora* (es decir: curativa) cuando se realiza tras haber sido extirpada la mama de una paciente por enfermedad - por ejemplo tras tumoración de las glándulas mamarias -; sin embargo, es una intervención meramente estética (no curativa) cuando se somete un o una *cliente* con el objetivo de obtener unas mamas más grandes de las que biológica y genéticamente ha desarrollado, sin que medie enfermedad ni trauma previo.

Según algunos autores, como LOPEZ-MUÑOZ Y LARRAZ, existe una *abismal diferencia* entre la medicina plástica y la estética⁶². Sin embargo, el autor nos lleva a redundar sobre la relevancia de la voluntariedad de la intervención, con el objetivo de que podamos ver que es un elemento de obligada observancia si pretendemos distinguir entre una categoría u otra de actos, es decir, la distinción que observa, no es más que el análisis de la voluntariedad de la intervención y de la existencia o inexistencia de trauma o enfermedad previa.

Los actos médicos de satisfacción son actos voluntarios, tanto, que incluso se les ha llamado *actos de capricho*, además, los que tienen finalidad meramente estética en multitud de ocasiones se menosprecian, por considerarse frívolos y superficiales. Todo ello sin reparar en que, en muchos casos, se pretende o se logra una mejoría o alivio psicológico⁶³, pero ese no es su objetivo prioritario.

La voluntariedad de los actos médicos de satisfacción lleva a un punto de partida que no es el más convencional, y que no siempre ha sido correctamente analizado por la

⁶² “(...) la abismal diferencia que existe entre la cirugía Plástica y Reparadora, que trabaja sobre enfermos para resolver sus problemas de salud, y la Cirugía Estética o Embellecedora, que acciona sobre Clientes sanos (¡no sobre pacientes!); y, por tanto, destacaremos las claras y consolidadas diferencias de tratamiento entre las primeras y las segundas tanto a nivel legal como jurisprudencial por cuanto que en el primer caso nos referimos a una <<Cirugía curativa>> mientras que en el segundo a una mera <<Cirugía de Capricho o Satisfactiva>>”. LOPEZ-MUÑOZ Y LARRAZ, Gustavo, *Negligencias en Cirugía y Anestesia Estéticas*. Ed. Dykinson. 2008 Madrid. Pág. 22 - 23

⁶³ Al respecto del *alivio psicológico* hay que entender que las modificaciones corporales que se pretendan comportarán una mejoría no solo estética, sino también psicológica y psicorelacional en aquellas personas que sufran complejos importantes producidos por su desarrollo biológico. Pero es una cuestión que se mantiene al margen del acto médico-estético, dado que si el complejo derivara en una enfermedad mental podría ser el propio psicólogo o psiquiatra que trata a la persona acomplejada quien prescribiera la intervención y, en consecuencia, en este caso, se trataría de un acto médico que pretende sanar la mente de esa persona, o lo que es lo mismo, sería un técnica plástica y reparadora, pues trataría una deformidad tal que resulta impeditiva para la vida en sociedad, o que afecta muy nocivamente a la persona que precisara la actuación.

doctrina: no se pretende una curación⁶⁴. Se acude a un profesional sanitario, pero no se está enfermo, sino que se pretende una mejoría concreta o una actuación concreta y, si todo sale bien, esta intervención no interactuará con el estado de salud del intervenido, es decir, *a priori* este tipo de actuaciones médicas no debería mejorar ni perjudicar la salud de los sujetos que acceden a ellos.

Así, la voluntariedad también es manifestación del hecho de que no son necesarios: una persona que pretenda un acto médico de satisfacción no está gravemente enferma y, por ende, no precisa de este acto médico para sobrevivir, ni existe ninguna situación en que quepa urgencia vital en la realización de los actos médicos de satisfacción⁶⁵.

Encontramos infinidad de ejemplos que nos pueden ayudar a comprender la nota de voluntariedad de este tipo de proceder sanitario, tanto para los *actos médicos de satisfacción con finalidad estética* como para los que no la tienen. Para los primeros podemos fijarnos, por ejemplo en las narices grandes y notorias y ver que, ante esta realidad, hay personas que deciden someterse a intervenciones para reducir su tamaño, y otras que consideran que un aspecto natural es más atractivo y, pese a tener una nariz grande, deciden no hacer nada al respecto, porque tener una nariz grande no es problema de salud, o hay a quienes resulta absolutamente indiferente cual es su apariencia. Operarse la nariz para convertirla en pequeña o menos aguileña es una decisión *personal y voluntaria* que no se toma en atención a aspectos de salud.

De igual modo, para el caso de los *actos médicos de satisfacción sin finalidad estética* podemos observar el ejemplo de las esterilizaciones voluntarias. Existen personas que deciden no tener más descendencia (o directamente no tenerla) y acuden *voluntariamente* a profesionales sanitarios para que alteren sus facultades biológicas y les conviertan en personas estériles, otras personas, prefieren evitar llegar a ese extremo y buscan otras fórmulas para controlar la fertilidad o la concepción de vástagos. Y del modo opuesto sucede con las personas que no pueden concebir o que tienen dificultades para hacerlo: hay quienes deciden acudir a profesionales sanitarios que les auxilien para

⁶⁴ Ello no quiere decir, que en algunos casos, se actúe sobre funcionamientos no correctos de las funciones biológicas, como por ejemplo, cuando se acude a técnicas médicas para lograr que una persona con problemas de fertilidad consiga alcanzar una paternidad biológica. En estas ocasiones, puede que el problema que se pretende solventar sea una enfermedad que cause esterilidad, pero al ser la reproducción biológica una opción, el tratamiento de fertilidad, se deberá considerar acto médico voluntario.

⁶⁵ Sean de la clase que sean, es decir, tengan o no finalidad estética.

poder concebir hijos biológicos y otros sujetos que se deciden por otras vías, como la adopción de menores.

La SAP de Barcelona de 22 de mayo de 2012⁶⁶, en su Fundamento de Derecho Segundo, resume muy bien lo anterior, cuando expone:

"Frente a la medicina asistencial, la medicina "satisfactiva" responde exclusivamente a la demanda por parte de una persona interesada, de un efecto retributivo, en cuanto solicita se repare o restaure cualquier defecto que, en su opinión, padece interna o externamente en su naturaleza corporal; va dirigida a bien a privar a sus órganos (a través de su transformación, alteración, supresión) del desenvolvimiento de una función natural o biológica que le depare un determinado resultado, en tanto que es su voluntad eliminar dicha función (sería la medicina satisfactiva preventiva, como la vasectomía), bien a hacer desaparecer un defecto que, en su opinión, le perjudica en su imagen externa (medicina satisfactiva estética: supuestos de cirugía o intervención para el mejoramiento del aspecto externo corporal, físico o estético).

No se persigue pues la curación, porque no existe dolencia del enfermo. Y de ahí sus notas características a diferencia de la asistencial: 1) Se aproxima al arrendamiento de obra (...), 2) o es una obligación de resultado (se valora, de alguna forma, el resultado) o se asimila a ella; por ello deben tenerse en cuenta los términos del contrato (aquí no puede hablarse de responsabilidad extracontractual) y lo "ofrecido" - a lo que se compromete - por el médico (...). 3) Voluntariedad de la asistencia. 4) No se puede hablar aquí de paciente, sino de "cliente". 5) Existe un predominio de razones puramente subjetivas. 6) El derecho de información opera de manera diferente y más intensa: aquí no hay necesidad o urgencia que puedan limitarlo, no afecta directamente a la salud, que no está en peligro. (...) 7) En orden al régimen de responsabilidad, lo lógico es que la eventual frustración del fin perseguido debe tener distinta medida que en el supuesto de la medicina asistencial: si en ésta se acredita la diligencia y observancia de la lex artis ad hoc, el médico ha de estar exento de responsabilidad, aunque el resultado no se haya conseguido".

En resumen, los actos médicos de satisfacción existen porque el interesado los solicita y los contrata, sin que intervenga la salud en ellos. Esto es, por la mera voluntad del cliente.

b) Son prioritariamente de ámbito privado:

Una de las formas más sencillas en nuestro ordenamiento de diferenciar si un acto médico es de satisfacción o es asistencial es observar si la Seguridad Social cubre

⁶⁶ Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección Decimotercera, de 22 de mayo de 2012. Ponente D. Joan Cremades Morant. AC\2012\1039.

los costes de la intervención, es decir, si estamos ante un acto financiado por el SNS. Pero en las intervenciones donde resulta más evidente es en los actos médicos de satisfacción que tienen una *finalidad meramente estética*, dado que en ocasiones, otras intervenciones de satisfacción, sin esa finalidad exclusivamente estética, sí se encuentran financiadas por el SNS.

Los *actos médicos de satisfacción con finalidad estética*, siempre son de ámbito privado, porque siempre quedarán excluidos de la financiación del SNS, es decir, no hay centros médicos u hospitales públicos que realicen, con cargo a la seguridad social..

Sin embargo, como decíamos, esta afirmación no se aplica absolutamente a todos los actos médicos de satisfacción en general, dado que *algunos sin finalidad estética* (fertilidad, esterilidad, reconstrucción plástica), pueden estar sometidos a financiación del SNS, o en ocasiones ser de carácter privado, y en otras ocasiones ser financiables, pues algunas veces el Sistema Nacional de Salud, decide financiar algunas intervenciones concretas en algunos casos tasados.

Uno de los ejemplos más sencillos para observar la dualidad público-privada en los actos médicos de satisfacción sin finalidad estética es el que encontramos en las técnicas de reproducción asistida.

La reproducción asistida se encuentra incluida dentro del Real Decreto 1030/2006, de 15 de septiembre, por el que se establece la cartera de servicios comunes del Sistema Nacional de Salud y el procedimiento para su actualización⁶⁷, sin embargo, es una práctica que no está financiada en todos los casos, sino que se financia solo para algunas personas. Aquellas personas que, por no cumplir los requisitos que la norma señalada establece, queden excluidas de la financiación del SNS, no tendrán más opciones que acudir de modo particular, es decir, mediante clínica médica privada a las técnicas de reproducción asistida, en caso de pretender estas actividades⁶⁸.

⁶⁷ Real Decreto 1030/2006, de 15 de septiembre, por el que se establece la cartera de servicios comunes del Sistema Nacional de Salud y el procedimiento para su actualización. Publicado en el BOE núm. 222, de 16 de septiembre de 2006 (texto consolidado de Julio 2015).

⁶⁸ No procede entrar a analizar los múltiples requisitos que la administración ha establecido para la concesión de financiación a las distintas técnicas de reproducción asistida por ser materia administrativa y responder a cuestiones económicas y presupuestarias de nuestro Estado. Sin embargo, son requisitos bastante extensos y restrictivos, por ello en los últimos años ha habido un afloramiento de clínicas privadas de reproducción asistida en España, a las que acuden todas aquellas personas que no puedan conseguir la actuación financiada por el SNS, o aquellas que voluntariamente prefieran acudir a la

Otros actos médicos de satisfacción sin finalidad estética, sin embargo, sí que han sido tradicionalmente financiados por la seguridad social, como la ligadura de trompas o la vasectomía⁶⁹, y son actos médicos de satisfacción de carácter público. El hecho de que estén financiados obedece a los intereses del Estado respecto del control de la natalidad, y también es una consecuencia de las teorías de planificación familiar y de salud sexual y reproductiva, que llevan ya mucho tiempo incorporadas a los servicios del SNS.

Esta circunstancia, relativa a la financiación de ciertas intervenciones en determinadas circunstancias, hace que no podamos de forma simplista decir que todos los actos médicos de satisfacción son de carácter privado, sino que debemos considerar que son *prioritariamente privados*. Solo podremos realizar una aseveración rotunda si nos referimos en exclusiva a los actos médicos que tengan finalidad meramente estética, y para el resto de supuestos deberemos observar, caso por caso, cuál es la situación de la intervención.

Así, otro elemento definitorio claro del acto médico de satisfacción es su ámbito prioritariamente externo al SNS⁷⁰. En estos casos, los contratos por los que se celebren estos actos, serán siempre al margen del servicio público de salud. De ello se tratará en el Capítulo III de la presente Tesis, y entonces veremos la dificultad en el momento de esclarecer qué tipo de contrato se celebra en estas intervenciones privadas y cuál es el concreto alcance de las obligaciones que se contraen en virtud del mismo.

En el caso de los actos médicos de satisfacción con finalidad estética, puede existir confusión en algunos casos extremos donde pacientes de medicina de sanación pueden requerir a su vez técnicas de reconstrucción estética, para completar un tratamiento, pudiendo parecer que estas intervenciones fueran de carácter meramente estético.

medicina privada, incluso encontrándose en situación de poder ser beneficiario del tratamiento financiado.

⁶⁹ El referido RD 1030/2006 las prevé expresamente en el apartado 5.3.7.3: "*Realización de ligaduras de trompas y de vasectomías, de acuerdo con los protocolos de los servicios de salud, excluida la reversión de ambas*".

⁷⁰ Que pasa a ser, ámbito exclusivamente privado cuando nos referimos a actos médicos de satisfacción con finalidad estética.

Sin embargo, para que se evite la confusión, el Real Decreto 63/1995 de 20 de enero sobre Ordenación de Prestaciones Sanitarias del Sistema Nacional de Salud⁷¹ establece que esas intervenciones aunque tengan una finalidad estética son en realidad cirugías e intervenciones *plásticas y reparadoras* y no estéticas⁷², y las incluye en las que la Seguridad Social financia para todas las personas que tengan derecho a recibir prestaciones y tratamientos ofrecidos por el INSS.

c) Son un grupo heterogéneo de actos que incluyen actos con finalidad estética y actos sin finalidad estética:

Los *actos médicos de satisfacción con finalidad estética* son actuaciones de distinto nivel de dificultad dado que abarcan desde una prescripción farmacológica con objetivo estético hasta las intervenciones quirúrgicas más complejas, tales como la introducción de un producto sanitario (implantable) o cirugías que alteran la estructura ósea del rostro, pasando por todo tipo de inyecciones y tratamientos, con el más increíble abanico de técnicas, productos y precios imaginable.

Del mismo modo, los *actos sin finalidad estética* también engloban infinidad de actos distintos, si seguimos con el ejemplo de las técnicas de reproducción asistida, existen también distintos niveles de dificultad en las mismas y pueden ir desde una prescripción farmacológica, hasta una serie de intervenciones mucho más complejas, como la selección embrionaria o el trasplante *in vitro*.

Así las cosas, parece evidente que *la heterogeneidad* es sin duda una característica de los actos médicos de satisfacción, pero no es exclusiva de ellos, dado que la medicina asistencial también engloba prácticas de mayor o menor dificultad, coste, riesgo, e infinidad de variables. Además, conforme avanzan los tiempos y se logran nuevos descubrimientos científicos y tecnológicos, el abanico de tratamientos,

⁷¹ Real Decreto 63/1995, de 20 de enero, sobre ordenación de prestaciones sanitarias del Sistema Nacional de Salud. Publicado en el BOE núm. 35, de fecha 10 de febrero de 1995. Se trata de una norma parcialmente derogada desde el año 2006, pero esclarece en su artículo 2º.3 c), como prestaciones excluidas "*aquellas atenciones, actividades o servicios en las que concurra alguna de las siguientes circunstancias: (...) c) Que se trate de meras actividades de ocio, descanso, confort, deporte, mejora estética o cosmética, uso de aguas, balnearios o centros residenciales, u otras similares, sin perjuicio de su posible atención por los servicios sociales o de otra naturaleza.*". Es decir que en la norma encontramos ambas ideas: la reparación está incluida en las prestaciones de la Seguridad Social y la mera estética no.

⁷² Por ser intervenciones auxiliares, accesorias o ligadas a una intervención o tratamiento más importante y que sí pretende curar al intervenido.

técnicas y posibilidades va creciendo, tanto en la medicina de satisfacción como en la asistencial.

En conclusión, para que queden bien definidos, entendemos por *actos médicos de satisfacción* todo acto médico *voluntario* y *de ámbito prioritariamente privado* al que se somete un *cliente* para modificar aspectos físicos y estéticos de su anatomía, sin que se puedan considerar vitales para la salud, con un claro *objetivo* y *finalidad estética*, o bien, a los que se somete un *paciente - cliente*, sin finalidad estética, para modificar ciertos aspectos biológicos de su organismo, sin que exista una necesidad *en salud*, para la realización de los mismos.

Como se observará al tratar otros aspectos del presente estudio, la voluntariedad es una característica fundamental para la determinación de un acto médico como acto de satisfacción, y esa nota de voluntariedad nos llevará en el Capítulo III del presente estudio a tratar sobre aspectos contractuales y el alcance de las obligaciones en este tipo de intervenciones.

A modo de clausura podemos acudir a las palabras de MORENO NAVARRETE que establece que la distinción se establece si se analiza la *finalidad de la actividad médica que se persigue*⁷³, pues si se persigue la sanación, el acto médico será de tipo curativo, y cuando no se persiga la misma, de tipo satisfactivo. A lo que añadimos que, dentro de las intervenciones satisfactivas, si se analiza el objetivo de las mismas, las dividiremos entre intervenciones de carácter estético y las que no tienen esa finalidad.

⁷³ "La delimitación de la medicina curativa y satisfactiva viene determinada por la finalidad de la actividad médica que se persigue: si ésta se fundamenta en motivos de salud, de sanación, de mejora del paciente, hablaremos de medicina curativa; si, dicha actividad, como indican numerosas sentencias, se funda en la esfera de la persona del sujeto, concretamente en el derecho a la libertad personal, a decidir por sí mismo en lo atinente a la propia persona y a la propia vida, y en consecuencia en la propia auto-disposición sobre el propio cuerpo, sin ningún atisbo en sus fines de mejora de la salud física (al margen de los efectos psicológicos positivos que la medicina voluntaria puede producir en el paciente), estaremos ante la medicina satisfactiva". MORENO NAVARRETE, Miguel Ángel, "La responsabilidad civil en la medicina natural o satisfactiva" en MORILLAS CUEVAS, Lorenzo (dir.). *Estudios jurídicos sobre responsabilidad penal, civil y administrativa del médico y otros agentes sanitarios*. Ed. Dykinson. Madrid. 2009. Pág. 524 y ss.

1.4. Especial consideración de los actos médicos de satisfacción con finalidad estética

Con el fin de concretar más sobre los actos médicos de satisfacción con finalidad estética, es necesario que nos detengamos a realizar un detalle más pormenorizado, incluyendo en el mismo, el análisis primigenio que sobre los mismos realizó la doctrina. Concretamente, vamos a considerar el análisis que realizó en el año 1995 MARTÍNEZ-CALCERRADA, quien distinguió cuándo había finalidad estética y cuándo no la había, en los casos de lo que el autor llamaba *cirugía satisfactiva*⁷⁴.

Desarrollando sus ideas, podemos considerar que los actos médicos de satisfacción, cuando tienen finalidad estética, tienen un *marcado carácter subjetivo*, pues se pretende corregir algo que el contratante considera un defecto o un aspecto a mejorar de su apariencia. Esto nos lleva a la voluntariedad ya señalada, pero también al hecho de que el intervenido será una persona "*total y absolutamente lúcido*"⁷⁵, el cliente de este tipo de actos es un sujeto sano⁷⁶, y en virtud de ese perfecto estado de salud, existe la posibilidad de que pueda acudir a un profesional médico para adquirir unos servicios que su organismo no precisa.

Las consecuencias de la mala práctica son, siguiendo con el ideario de MARTÍNEZ-CALCERRADA, y como veremos en el apartado correspondiente de la presente investigación, diferentes a las de las negligencias durante la asistencia curativa.

Además, el autor considera, de forma acertada, que con este tipo de intervenciones nos acercamos a la *locatio operis* por cuanto la relación entre el profesional y el intervenido es libre "*al no estar aquél [el intervenido] acuciado por la precisión ineludible del efecto terapéutico*"⁷⁷.

Al no ser una intervención curativa, no se la puede considerar necesaria, por lo que el intervenido no podrá verse apremiado por el objetivo de sanar, y el profesional deberá atender la *locatio operis*, que en palabras del propio autor citado supone que *la*

⁷⁴ MARTÍNEZ-CALCERRADA, L. *op. cit.* Pág. 709.

⁷⁵ *cit. supra.* Pág. 709.

⁷⁶ Como se observará seguidamente, el hecho de ser una persona completamente sana y lúcida, también ha sido utilizado como argumento a favor de considerar al sujeto que concierne estas intervenciones como cliente y no como paciente.

⁷⁷ *cit. supra.* Pág. 709.

*aproximación a la obligación de resultados es evidente*⁷⁸. Al respecto de la obligación que surge entre médico y cliente, tendremos oportunidad de analizarla exhaustivamente en sucesivos apartados del presente estudio. Como veremos, el autor también considera que no es del todo ajustado a la realidad hablar de paciente en este tipo de intervenciones.

Es curioso observar como en ese momento primigenio de estudio de los actos médicos de satisfacción, el derecho a la información de los clientes era otro aspecto que lo diferenciaba de la medicina asistencial⁷⁹.

Esta cuestión podría considerarse superada, al menos si se observa el derecho positivo, desde que en el año 1997 tuvo lugar el Convenio de Oviedo⁸⁰, que se plasmó en España en la Ley 41/2002, conocida como Ley de Autonomía de la Voluntad de los pacientes⁸¹, por ser, ambas normas, fundamentales para el estudio de la figura del consentimiento informado. Observaremos en el Capítulo II como aún a día de hoy no es pacífico que se pueda entender que no existen distinciones en relación a la información que debe proporcionarse a los sujetos a los distintos tipos de intervenciones, según sean intervenciones de satisfacción o de curación⁸².

El abanico de actos médicos de satisfacción es considerable y además los avances científicos provocan que el número de técnicas y actos sea cada vez más elevado, esto hace que sea un grupo heterogéneo de actividades, que consideramos deben siempre ser realizadas por un profesional médico correspondientemente preparado, pues todas ellas conllevan, incluso las nuevas técnicas sin cirugía, un cierto

⁷⁸ *cit. supra*. Pág. 709.

⁷⁹ Como veremos en el capítulo segundo de la presente investigación.

⁸⁰ *Convenio para la protección de los Derechos Humanos y la Dignidad del Ser Humano con respecto a las aplicaciones de la Biología y la Medicina*, también conocido como *Convenio de Oviedo* firmado el 4 de abril de 1997. (Ratificado por España mediante publicación en el BOE núm. 251 de 20 de octubre de 1999).

⁸¹ Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derecho y obligaciones en materia de información y documentación clínica. Publicada en el BOE núm. 274, de 15 de noviembre de 2002 (texto consolidado de septiembre de 2015).

⁸² Y es que aún a día de hoy, 20 años después de la forma del Convenio de Oviedo de 1997, se considera especialmente por la doctrina y por la jurisprudencia que ante algunas intervenciones, como las que tienen finalidad estética, el profesional está obligado a proporcionar una información más completa al interesado, algo que consideramos, como se observará, dicho sea con el mayor de los respetos, una reminiscencia de regímenes anteriores y un intento de realizar justicia material, derivado de los cambios de rumbo de la jurisprudencia del Tribunal Supremo y de la falta de seguridad jurídica existente en el ámbito de la responsabilidad sanitaria, como se observará en el apartado correspondiente.

grado de peligrosidad y requieren de un profesional suficientemente especializado para garantizar no solo el éxito de la intervención, sino también la seguridad de los sujetos intervenidos.

2. El cliente o "paciente-cliente"

Otro de los elementos que cabe esclarecer antes de profundizar más sobre otros aspectos, como el contrato que se celebra y la responsabilidad civil que puede derivarse de estas actuaciones, es el *concepto de cliente, "paciente-cliente", paciente o intervenido*. Este aspecto es fundamental pues, como regla general, el contrato de actos médicos de satisfacción con finalidad estética tendrá dos partes, el profesional médico y el sujeto que solicita su actuación.

Existe disparidad de opiniones al respecto de la calificación que debe darse a los sujetos que contratan actos médicos de satisfacción (tengan o no finalidad estética). Hay autores que consideran más oportuno no hablar de clientes, sino siempre de paciente independientemente de la finalidad de la intervención⁸³. Esta es la posición más fuerte en la actualidad, dado el momento en que vivimos, de consolidación de una doctrina y jurisprudencia que se basan en la existencia de un componente aleatorio que impide que el alcance de las obligaciones llegue hasta la vinculación del resultado, algo que relaciona siempre el actuar médico con la salud y que convierte, en opinión de esta corriente doctrinal al que se conocía como *paciente-cliente*, o directamente cliente, nuevamente en un paciente, aunque se trate de un paciente no necesariamente enfermo.

Prudentemente considero, coincidiendo con un gran número de estudiosos de la responsabilidad civil sanitaria⁸⁴ y con la anterior jurisprudencia del Tribunal Supremo que seguidamente referiremos, que es más correcto hablar de *clientes* que de *pacientes* cuando nos encontramos ante actos médicos de satisfacción con finalidad estética. Precisamente por cuanto la totalidad de las intervenciones se realizan por la voluntad de

⁸³ Posición representada, en la actualidad por autores con una trayectoria muy consolidada en materia de derecho sanitario como GALÁN CORTÉS, Julio César o SÁNCHEZ GÓMEZ, Amelia, entre otros muchos.

⁸⁴ Especialmente DE LAS HERAS GARCÍA, Manuel Ángel; LÓPEZ-MUÑOZ Y LARRAZ, Gustavo; NAVARRO MICHEL, Mónica; MCLEAN, Sheila A. M.;... entre otros.

los sometidos a ellas, bajo su coste, *fuera por tanto de las prestaciones de la Seguridad Social*, y sin que exista una necesidad asistencial verdadera.

Esta posición que considera al sujeto que concierne el acto médico como cliente, está recogida por el Tribunal Supremo en Sentencias como la STS de 26 de marzo de 2006⁸⁵, donde se señala literalmente "*cuando por la práctica de una intervención quirúrgica reparadora o perfectiva el paciente es cliente*" (FJ 2º).

Así, en los casos de medicina no curativa, durante muchos años se habló por parte del Sumo Tribunal bien de clientes, bien de *paciente-clientes*. Esta postura ya está siendo abandonada por el Tribunal Supremo, sin embargo, entender como *cliente* al sujeto que acude al médico para adquirir un servicio que no precisa por estado de enfermedad, sino que pretende porque ambiciona mejorar, sigue siendo habitual en las resoluciones de las audiencias provinciales. A modo de ejemplo podemos observar la Sentencia de la Audiencia Provincial de 18 de junio de 2012⁸⁶ que alude a multitud de resoluciones anteriores de distintos Tribunales que han defendido la consideración de cliente en los casos de medicina voluntaria. Y también la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 4 de marzo de 2016⁸⁷ en su Fundamento de Derecho Cuarto expone que "*no se puede hablar aquí de paciente, sino de <<cliente>>*", entendiendo que en cuando no existe una necesidad asistencial, no podemos entender que nos situamos frente a un paciente.

Lo expuesto nos hace posicionarnos a favor del concepto "paciente-cliente", en relación con los actos médicos de satisfacción en general. Entendiendo que más se acerca a la posición de cliente, cuando la intervención tenga finalidad meramente estética y más podrá asimilarse a la posición de paciente cuando estemos ante alguno de los actos médicos de satisfacción no estéticos, más aún cuando estemos ante aquellos que resultan financiados por el SNS (como la vasectomía o la ligadura de trompas).

Los *clientes* solicitan un actuar médico no para sanar, sino para alterar algún aspecto estético o biológico de su cuerpo, con el que no se muestran conformes. Sin

⁸⁵ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 26 de marzo de 2004. Ponente D. Clemente Auger Liñán. RJ\2004\1668. Que también será analizada en otros apartados de la presente tesis.

⁸⁶ Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, Sección Octava, de 18 de junio de 2012. Ponente Dª. Carmen Brines Tarraso. AC\2012\1338.

⁸⁷ Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección Novena, de 4 de marzo de 2016. Ponente Dª María José Romero Suárez. JUR\2016\88951.

embargo, estamos frente a intervenciones en las que necesariamente debe concurrir un profesional médico, y tradicionalmente los médicos solo han tratado a "pacientes", de ahí también que exista reticencia entre los profesionales que se dedican a la medicina estética, a referirse a *sus clientes* como tal, y suelen decantarse por el concepto *paciente*.

Pero si consultamos el diccionario de la Real Academia Española, *paciente*, en su cuarta acepción, es aquella "persona que padece física y corporalmente, y especialmente quien se halla bajo atención médica" y también es "*persona que es o va a ser reconocida médicamente*" (quinta acepción)⁸⁸.

Partiendo de la premisa de que no podemos decir que los sujetos que acuden a profesionales médico-estéticos "padezcan física y corporalmente" (dado que no están enfermos, o el motivo de la intervención a la que nos referimos no es que se encuentren enfermos), podemos llegar a la conclusión de que no se ajustan a la definición de paciente, sino que parece encajar más en la primera acepción de la palabra *cliente*⁸⁹.

Así, establecemos ya, en este momento inicial, una afirmación rotunda que nos servirá de base para todo el resto de la investigación:

Las intervenciones médico-estéticas son realizadas por médicos que actúan de forma privada, previo contrato entre un médico (o centro médico) y un cliente (o paciente-cliente). En este tipo de intervenciones no hallamos la figura tradicional del paciente, sino que el sujeto que acude a este tipo de medicinas es, o se asemeja mucho a un cliente.

Sin embargo, como es muy frecuente que tanto la doctrina reticente como algunas resoluciones jurisprudenciales muy significativas que se analizarán a lo largo de la investigación no consideren oportuno distinguir entre las palabras *paciente* y *cliente*, o que se mezclen o confundan los conceptos, se advierte que a lo largo de la presente investigación aparecen menciones a pacientes, bien en la transcripción de posturas de estudiosos o sentencias analizadas, bien en situaciones en las que se analizan situaciones de la medicina asistencial. Así, si algún autor que está siendo citado, o algún párrafo de

⁸⁸ Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua. Edición Tricentenario. Consulta telemática realizada sobre la entrada *paciente*. www.rae.es (consulta realizada el 19 de enero de 2017).

⁸⁹ Según el Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua en su Edición Tricentenario, se define al cliente como "1. *Persona que compra en una tienda, o que utiliza con asiduidad los servicios de un profesional*". Consulta telemática realizada sobre la entrada *cliente*. www.rae.es (consulta realizada el 19 de enero de 2017).

alguna sentencia que se esté estudiando habla de paciente, por respeto a la fuente se mantendrá, pero conceptualmente considero que en nuestro ámbito objeto de estudio es erróneo hablar de pacientes, y resulta más acertado hablar de clientes, o de "*paciente-cliente*" un híbrido entre ambas situaciones.

Prudentemente mantenemos una posición muy clara: siempre que nos encontramos ante medicina de satisfacción *con finalidad exclusivamente estética* estamos ante clientes. Pero esta postura no puede ser tan rotunda cuando nos encontramos ante actos médicos de satisfacción sin finalidad estética, como es el caso de las técnicas de reproducción asistida o las actuaciones médicas con la finalidad de esterilizar a los, *paciente-clientes*, pues en ocasiones (no en todas) se parte de una enfermedad previa, como por ejemplo la esterilidad, que hace que se acuda a reproducción asistida.

Sobre la relación médico - *paciente-cliente (o cliente)*, existe un trabajo de DE LAS HERAS GARCÍA, que coincide con la postura que se defiende en la presente tesis, y señala que en las actuaciones médico-estéticas, propias de profesionales liberales, se debe entender que el contratante es *su cliente*⁹⁰.

Y como ya se señaló, también es posible encontrar resoluciones del Tribunal Supremo que, en múltiples sentencias (todas ellas ya un poco antiguas), hacen alusión a una posición tendente a entender que el sujeto que concierne estos actos es más un cliente que un paciente. Es el caso de la STS de 2 de julio de 2002⁹¹ que en su Fundamento de Derecho Sexto establece literalmente que ante medicina voluntaria "*la libertad de opción por parte del cliente es evidentemente superior a la que tienen los pacientes sometidos a la medicina necesaria o curativa*".

Se observa, en el acotado anterior, como para esta STS la voluntariedad en el sometimiento al acto médico de satisfacción justifica la terminología *cliente*, se reincidirá en ello al abordar la cuestión contractual de los actos médicos de satisfacción con finalidad estética. En otras Sentencias del Tribunal Supremo, directamente se

⁹⁰ "(...) desde el punto de vista ético se ha sostenido esta relación contractual propia de las profesiones liberales ya que, de un lado, se encuentra el <<cliente>>, quien voluntariamente recaba ayuda para un problema (...) y, de otro, se halla el profesional que presta sus cuidados y ofrece un servicio a cambio de un pago". DE LAS HERAS GARCÍA, Manuel Ángel, "La relación médico – paciente" en *Estatuto ético-jurídico de la profesión médica*. Publicado en Vlex. Enero 2005. Id. Vlex – 297095.

⁹¹ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 2 de julio de 2002. Ponente D. Jesús Corbal Fernández. RJ\2002\5514. La cursiva es mía.

utilizan los términos paciente y cliente como sinónimos en los supuestos de medicina estética, es el caso de la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 4 de octubre de 2006⁹², que en su Fundamento de Derecho Cuarto establece que:

"(...) estamos ante un supuesto de medicina satisfactiva o voluntaria en el que se acentúa la obligación de informar sobre los riesgos y pormenores de una intervención que permita al interesado, paciente o cliente, conocer los eventuales riesgos para poderlos valorar y con base en tal información prestar su consentimiento o desistir de la operación, habida cuenta la falta de necesidad de la misma".

Literalmente el Sumo Tribunal alterna los conceptos, consideramos que de manera plenamente intencionada, para poder señalar al lector, que pese a que en la relación contractual haya una parte que sea profesional de la medicina, la contraparte no es un paciente, sino un cliente del primero, que adquiere servicios médicos, aunque tradicionalmente se le haya conocido como paciente.

Así, en el presente estudio, especialmente cuando nos centremos en actos médicos de satisfacción con finalidad estética, podemos establecer que las partes contractuales en juego son el médico o profesional médico-estético y sus *clientes*. Cuestión relevante, especialmente para analizar la cabida, o no, de los derechos de consumidores y usuarios, además de para la ya clásica distinción entre obligación de medios y obligación de resultados. Ambos aspectos se analizarán en el apartado correspondiente de la presente investigación.

2.1. El *paciente* de ciertos actos médicos de satisfacción sin finalidad estética

Se ha visto como, cuando nos encontramos ante actos médicos de satisfacción sin esa finalidad estética, puede que el sujeto que acuda a ellos no tenga la consideración de cliente, y sí de paciente. Es el caso, entre otros, de las personas que acuden a tratamientos de fertilidad, o a técnicas de reproducción asistida, y que en primera instancia acuden a un profesional médico para que constate que existe un problema de salud en ellos (esterilidad), o que tienen dificultades de distintos tipos de

⁹² Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 4 de octubre de 2006. Ponente D. José Antonio Seijas Quintana RJ\2006\6428. (La cursiva del fragmento entrecomillado de la cita es propia, para resaltar la idea).

cara a concebir vida (infertilidad). El profesional médico que diagnostica un problema de esterilidad o infertilidad, en realidad está diagnosticando una enfermedad.

La infertilidad, que es reversible con tratamiento, y la esterilidad, que es en principio irreversible, no tienen una única causa, sin embargo, son afectaciones o padecimientos que podrán tratarse o superarse - parece que fuera más oportuno en ocasiones usar el término *esquivarse*, dado que hemos dicho que la esterilidad es irreversible - para conseguir la concepción deseada.

Los sujetos que puedan acceder a esos tratamientos financiados por la seguridad social deberán tener la consideración de pacientes, según nuestra humilde opinión, pues son enfermos diagnosticados a los que se les financia un tratamiento para asistirles y conseguir que puedan ser progenitores. Aunque en ocasiones no se les está curando una enfermedad, sino que se está intentando lograr una paternidad biológica, esquivando la existencia de la misma, pues el tratamiento no está dirigido a curar, sino a concebir.

¿Qué sucede con aquellos que por no cumplir los requisitos establecidos en la Cartera de Servicios del SNS no tienen acceso a la financiación de la seguridad y acuden a clínicas privadas de reproducción asistida?

Resulta evidente que el hecho de que los tratamientos no sean financiados no hace que los actos médicos pasen a tener una finalidad meramente estética, todo lo contrario, la esterilidad y la infertilidad pueden categorizarse como enfermedades y, el hecho de que no esté cubierto su tratamiento a ciertas personas - por ejemplo por motivo de su avanzada edad - no es más que un límite de cara a la financiación por el SNS, que no debe afectar a su caracterización como actos médicos de satisfacción sin finalidad estética. Lo que sucede es que pasan a ser de ámbito exclusivamente privado, sin que por ello se pueda considerar que las personas que acuden a estos tratamientos sean meros clientes, pues como vimos, para que ello fuera así, se necesitaría que la causa de acudir a un acto médico fuera distinto a la enfermedad.

Aún así, no queda claro si estamos ante pacientes o clientes en estos casos, pero no porque existan dudas al respecto de la naturaleza de estos enfermos, sino porque los propios centros privados de reproducción humana asistida, en ocasiones, garantizan el resultado esperado: el embarazo⁹³, como si la infertilidad o la esterilidad no fueran

⁹³ Es el caso de las Clínicas IVI España, que en su página web establecen: "*en IVI nos comprometemos*

enfermedades o como si los profesionales médicos en el marco de la asistencia sanitaria pudieran comprometerse a curar. Cabe cuestionarse si, debido a esa promesa de resultado, nos situamos ante un cliente o *paciente-cliente*, y no un paciente, o si ya nos habíamos situado en esta posición antes, en el momento en que además de mostrar su voluntad para someterse a estas técnicas de reproducción asistida, ya se ha pagado por ellas a un centro médico privado (o se comprometió a hacerlo) ante la exclusión del SNS.

Los tratamientos opuestos, los de esterilización, sí que han sido tradicionalmente financiados por la Seguridad Social, y sin embargo, no podemos considerar que las personas que optan por la esterilización, por el simple hecho de ser una acción financiada, sean enfermos. Lo que sucede es que la planificación familiar y la salud sexual y reproductiva ha llevado a que nuestro Estado financie ciertos métodos anticonceptivos, como la esterilización masculina o femenina, que en nuestra humilde opinión, no son actos médicos asistenciales o curativos, sino que son actos de satisfacción, pero financiados por el SNS.

En estos casos también resulta complejo dictaminar si nos encontramos ante pacientes, por la ausencia de enfermedad, pero en cualquier caso, son actos médicos de satisfacción de carácter público en los que, en ocasiones, ha existido jurisprudencia que considera que la obligación del profesional en este tipo de actos es más de resultados que de medios. En concreto existen sentencias en casos de recanalización de vasectomías - como la referida STS de 25 de abril de 1994⁹⁴ - que han tenido como resultado un embarazo posterior a la práctica de esterilización, y se plantea hasta donde alcanzaba la obligación del profesional, concretamente, si cabe que nos ubiquemos ante una obligación de resultados, por la voluntariedad de la intervención.

La profesora DE LA IGLESIA MONJE analizó la referida Sentencia, y otras, al estudiar las teorías del derecho del *common law* conocidas como *wrongful conception* y

con los pacientes del programa de fecundación in vitro con óvulos donados (ovodonación) garantizando el embarazo en un máximo de tres ciclos. En el caso de que los pacientes no consigan la gestación, recibirán la devolución del importe del tratamiento". Como se observa, se trata de una promesa de resultado con devolución del precio en caso de fracaso. Algo que sorprende cuando, en puridad, lo que se está prometiendo es *curar o esquivar* una afectación y la doctrina española mayoritaria considera que los profesionales médicos que asisten a enfermos solo pueden quedar vinculados a los medios, pero jamás a los resultados. <https://www.ivf.es/compromiso-embarazo/> Consultada el día 19 de enero de 2017.

⁹⁴ STS de 25 de abril de 1994 (RJ\1994\3073).

wrongful pregnancy. En el caso concreto de la sentencia de 25 de abril de 1994, según la referida autora "*se impone ante el fracaso de la intervención el nacimiento de hijos no esperados ni deseados, no una indemnización por daños morales, sino una indemnización como ayuda a la alimentación y crianza de los mismos*"⁹⁵, pues se interpreta que el nacimiento de un hijo no es un daño, sin embargo, es una realidad inesperada, tras haberse sometido el *paciente-cliente*, a un acto médico de satisfacción que pretendía su esterilización.

3. El profesional médico

El *acto médico de satisfacción con finalidad estética* se diferencia de un mero *acto estético o cosmético*⁹⁶ porque lo realiza, y lo debe realizar, un profesional médico por ser un acto de una determinada magnitud, entidad y complejidad, incluso cuando no suponga una intervención quirúrgica.

Aunque como señalan los inspectores médicos D. Bernabé RICO Y RICO y D^a María Angustias MARTÍNEZ SÁNCHEZ⁹⁷, desde la aprobación del Real Decreto 127/1984⁹⁸, surgen en el ámbito privado nuevas propuestas y ofertas médicas que *no se engloban* dentro de ninguna de las especialidades oficiales aprobadas por el Ministerio de Sanidad. Al no concurrir lo ofertado con las especialidades marcadas, los médicos no

⁹⁵ DE LA IGLESIA MONJE, M^a Isabel, "Derecho de alimentos *versus* gastos de crianza y educación de los hijos mayores de edad. Los gastos de crianza como indemnización en los supuestos de *wrongful conception* o *wrongful pregnancy*" en *RCDI*, Estudios Jurisprudenciales. Derecho civil. Año 2015. Núm. 749. Mayo - Junio. Págs. 1533 - 1550.

⁹⁶ Entendemos por *acto estético o cosmético*, entre otros, el uso de productos cosméticos de comercialización regulada y con finalidad de obtener un cierto resultado embellecedor como la hidratación y el cuidado de la piel, la depilación del vello facial y corporal mediante técnicas de arrancado clásicas del vello, o las técnicas de cuidado y corte de cabello que no supongan cirugía de implante capilar. La definición de producto cosmético se encuentra en la Ley 29/2006, actual Real Decreto Legislativo 1/2015, de 24 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios (BOE núm. 177, de 25 de julio de 2015) que define como cosmético: "Toda sustancia o mezcla destinada a ser puesta en contacto con las partes superficiales del cuerpo humano (epidermis, sistema piloso y capilar, uñas, labios y órganos genitales externos) o con los dientes y las mucosas bucales, con el fin exclusivo o principal de limpiarlos, perfumarlos, modificar su aspecto, protegerlos, mantenerlos en buen estado o corregir los olores corporales" (art. 2.n).

⁹⁷ En la conferencia que realizaron dentro de la "X Jornada Técnica Andaluza" y "V Congreso Nacional de Inspección" entre el 9 y el 11 de Octubre de 2013 en Úbeda (Jaén). <http://www.aaiss.com/Eventos.htm> Consultada 30 mayo 2016.

⁹⁸ Real Decreto 127/1984 de 11 de Enero de 1984, por el que se regula la formación médica especializada y la obtención del título de médico especialista. Publicado en el BOE núm. 26, de 31 de Enero de 1984.

especializados pueden actuar aprovechando el vacío legal. Es decir, salvo en las intervenciones que están vinculadas a especializaciones concretas (como las cirugías estéticas, vinculadas a la especialidad en cirugía plástica), los profesionales médicos pueden actuar aun sin contar con especialidad.

En el momento de aprobación del Real Decreto 127/1984, siguiendo con el parecer de los inspectores médicos referidos, la *Medicina Estética* es una de esas nuevas ofertas no contempladas.

Todas las prácticas no incluidas dentro de las habilitaciones profesionales médicas, que se adquieren por las vías de la especialización, permiten que profesionales médicos no especializados actúen, por el vacío normativo existente. Según el parecer de los inspectores médicos mencionados, las *ofertas nuevas* son realizadas - en el mejor de los casos - por médicos no especializados que están más o menos avalados por cursos eminentemente teóricos sin control oficial ni reconocimiento ministerial.

Al respecto de la necesidad de que el sujeto que realice el acto médico de satisfacción, sea un médico especializado se manifestó ya en su momento el Dr. D. Vicente GIMENO RODRÍGUEZ-JAEN al señalar la trascendencia de las *prácticas estéticas* en el año 1923⁹⁹. Sin embargo, como veremos, casi cien años después, seguimos teniendo un problema de inexistencia de especialización, con los peligros que ello puede acarrear.

En la actualidad las *residencias* son el único programa docente que existe para que un profesional médico adquiera los conocimientos, habilidades y aptitudes propias de la especialización que permite el ejercicio autónomo de la especialidad. Sin que exista una residencia de *medicina estética*. Por lo tanto, solo los profesionales que se dedican a la realización de *cirugía estética* son profesionales que precisan ser correctamente habilitados, y que siguen los programas que el Ministerio de Sanidad ha ido estableciendo a lo largo de los años. En concreto, los *cirujanos estéticos* deben recibir la habilitación de cirugía plástica, estética y reparadora. Esto es una garantía de

⁹⁹ "(...) hoy las prácticas estéticas han llegado ya a tomar carta de naturaleza entre nosotros los médicos, porque el problema aparentemente estético es en la mayoría de casos un problema profiláctico de enorme interés (...). Y aún no es esto todo: el problema estético puede ser de gran trascendencia" GIMENO RODRÍGUEZ-JAEN, Vicente. *Algo de cirugía estética de la piel*. Discurso de Recepción pronunciado el 6 de mayo de 1923 en Real Academia Nacional de Medicina. 1923. Madrid. Pág. 15-16.

que éste tipo de profesionales han cursado unos estudios de especialización y profesionalización que los capacita.

La Ley 44/2003, de 21 de noviembre, de ordenación de las profesiones sanitarias¹⁰⁰, establece en su articulado que las características y requisitos específicos de cada una de las especializaciones en Ciencias de la Salud, que se llevarán a cabo mediante residencia (art. 20.3), estarán fijados en los programas formativos de la especialidad y serán conformes *a lo que dispongan, en su caso, las normas comunitarias* (art. 20.3.b)). Según el Real Decreto 1277/2003 de 10 de octubre, por el que se establecen las bases generales sobre autorización de centros, servicios y establecimientos sanitarios, los cirujanos estéticos "*tienen la misma habilitación profesional que los expertos en cirugía plástica y reparadora*"¹⁰¹.

Afirmación que queda confirmada en la Orden SAS/1257/2010, de 7 de mayo, por la que se aprueba y publica el programa formativo de la especialidad de Cirugía Plástica, Estética y Reparadora¹⁰². Esto hace que para poder practicar actos médicos estéticos que conlleven una intervención quirúrgica, el profesional que la realice deba tener la habilitación profesional de cirujano plástico, estético y reparador, y ello es un límite de acceso a la profesión médico-estética para todas aquellas personas que no cumplan con la referida habilitación. Pero siguiendo la literalidad de la misma, solamente supone un límite para los actos de la cirugía plástica, estética y reparadora, es decir, que no será precisa la especialización para el resto de supuestos (casos de supuestos no-quirúrgicos).

Como hemos referido, el acto médico-estético no siempre requiere de una intervención quirúrgica: en muchas ocasiones consiste en la inyección localizada de un

¹⁰⁰ Ley 44/2003, de 21 de noviembre, de ordenación de las profesiones sanitarias. Publicada en el BOE núm. 280, de 22 de noviembre de 2003 (texto consolidado marzo de 2014).

¹⁰¹ Así lo establece el apartado U.47. del ANEXO II del Real Decreto 1277/2003, de 10 de octubre, por el que se establecen las bases generales sobre autorización de centros, servicios y establecimientos sanitarios (BOE núm. 254, de 23 de octubre de 2003. Texto consolidado de junio de 2006) al señalar: "*Cirugía estética: unidad asistencial en la que un médico especialista en Cirugía plástica, estética y reparadora u otro especialista quirúrgico en el ámbito de su respectiva especialidad es responsable de realizar tratamientos quirúrgicos, con finalidad de mejora estética, corporal, facial o capilar.*"

¹⁰² Orden SAS/1257/2010, de 7 de mayo, por la que se aprueba y publica el programa formativo de la especialidad de Cirugía Plástica, Estética y Reparadora. Publicada en el BOE núm. 119, de 15 de mayo de 2010.

ácido o toxina¹⁰³, o en la estimulación del sistema circulatorio con fines estéticos, o en un sinnúmero de prácticas más.

Al respecto de estas prácticas no quirúrgicas, que no pueden considerarse inocuas, sino que pueden resultar muy perjudiciales para la persona que se somete a ellas, existen problemas de habilitación de los profesionales. Más concretamente, existe la posibilidad de que cualquier médico pueda realizarlas, sin que se precise mayor especialización, así el problema es, en nuestra opinión, un defecto de especialización de los profesionales para poder optar por la medicina estética.

Con la situación referida se genera una dualidad entre los cirujanos estéticos, que están correctamente habilitados mediante especialización de cirugía plástica, estética y reparadora, y por ello pueden desarrollar con mayor seguridad para sus clientes los actos médicos de satisfacción con finalidad estética y que sean quirúrgicos, y los médicos no especialistas, que pueden realizar los actos médicos no quirúrgicos de satisfacción con finalidad estética, sin precisar una especialización que se adhiera a su título de médico.

Mientras la *Medicina Estética* no sea considerada como una nueva especialidad en sí misma, no existirá regulación al respecto de la habilitación profesional, y como consecuencia de ello, no habrá unas pautas de especialización exigibles. Por ello, nos encontramos en un vacío normativo¹⁰⁴ que puede resultar muy perjudicial para los ciudadanos, dado que *cualquiera*¹⁰⁵ puede ejercer actos médico-estéticos, salvo aquellos actos quirúrgicos estéticos que sí se han reservado a los especialistas en cirugía plástica, reparadora y estética.

A mayor abundamiento, en la actualidad, las especializaciones médicas se encuentran armonizadas a nivel europeo, por lo que la situación expuesta, esto es, la inexistencia de especialización en medicina estética no se solventará mientras no cambie la norma europea sobre especializaciones médicas.

Por nuestra parte, opinamos que sería deseable que existiera una residencia o especialización de medicina estética, sin que fuera estrictamente necesario que incluyera

¹⁰³ Como por ejemplo las inyecciones de Bótox o Ácido Hialurónico que pretenden rellenar los surcos y marcas o arrugas en la piel de rostro de los intervenidos o las infiltraciones que se realizan para paliar la celulitis localizada.

¹⁰⁴ Que observaremos como no es exclusivo de nuestro Ordenamiento Jurídico (*vid.* apartado 5º del presente Capítulo).

¹⁰⁵ Entiéndase como cualquier profesional médico sin especialización.

la cirugía, con el objetivo de que todos los médicos estéticos fueran especialistas¹⁰⁶; todo ello en base a las razones ya referidas, principalmente para dar seguridad a los clientes al respecto de las aptitudes de los profesionales que les van a intervenir.

Sin embargo, los especialistas sanitarios consultados, entre ellos D. Hilario ROBLEDÓ, Presidente durante el año 2014 de la Asociación Española de Medicina Laser Estética (AEMLE)¹⁰⁷ consideran que, en virtud del Real Decreto 139/2003, de 7 de febrero, por el que se actualiza la regulación de la formación médica especializada¹⁰⁸, la actividad y el contenido de la medicina y cirugía estética - visto como un conjunto - ya se encuentran subsumidas en la especialización de cirugía plástica, estética y reparadora. El RD 139/2003 fue el encargado de alterar el nombre de la especialización, que tradicionalmente había sido cirugía plástica y reparadora, por la versión que continúa a día de hoy usándose: cirugía plástica, estética y reparadora. Sin embargo, que englobe todas los actos médico estéticos es una opinión personal del señor Robledo, que no resulta, desde luego, pacífica y que no podemos compartir, cuando observando la Orden SAS/1257/2010, ya referida, leemos, como definición de éste tipo de cirugía lo siguiente:

*"La Cirugía Plástica, Estética y Reparadora es una especialidad médica que se ocupa de la corrección quirúrgica de todo proceso congénito, adquirido, tumoral o involutivo, que requiere reparación o reposición de estructuras que afectan a la forma y función corporal, y que en su faceta estética trata alteraciones que sin constituir en sí mismas un proceso patológico, provocan un deterioro de la salud en la medida que interfieren en el bienestar físico y psíquico de las personas"*¹⁰⁹.

La recomendación del Sr. Robledo, al respecto de los actos médicos de satisfacción es que deberían ser realizados en exclusividad por *cirujanos estéticos*, mientras no exista una especialización médico-estética¹¹⁰. Del RD 139/2003 se amplía a toda la medicina estética la necesidad de ser un especialista en cirugía estética¹¹¹, ya que

¹⁰⁶ Al revés de como sucede hoy en día, momento en que sólo los *cirujanos estéticos* pueden considerarse especialistas y con el auge de las técnicas "sin cirugía" cada vez hay menos profesional experto actuando dentro de la esfera de la medicina estética.

¹⁰⁷ Más información en <http://aemle.org/>.

¹⁰⁸ Real Decreto 139/2003, de 7 de febrero, por el que se actualiza la regulación de la formación médica especializada. Publicado en el BOE núm. 39, de 14 de febrero de 2003.

¹⁰⁹ Artículo 2 del Anexo de la referida Orden SAS/1257/2010.

¹¹⁰ Esta posición surge de interpretar el RD 139/2003 y el RD 127/1984 de conformidad con el RD 1277/2003, todos ellos ya referidos anteriormente.

¹¹¹ El artículo 1º del referido Real Decreto establece: "*Artículo 1 Cambio de la denominación o de la clasificación y supresión de determinadas especialidades médicas: Las especialidades médicas de*

al estar habilitados para intervenir en las técnicas más complejas y conocen el estado de la ciencia y están al día de las peculiaridades de su trabajo, realizarán todas las prácticas - incluso las no quirúrgicas - de conformidad con su código deontológico y con conocimiento de la legalidad existente, rebajando así los riesgos de las mismas.

3.1. El problema del *intrusismo laboral* en el ámbito de los actos médicos de satisfacción con finalidad estética

En el presente epígrafe se pretende analizar brevemente dos problemas de *intrusismo laboral* vinculados a los actos médicos de satisfacción con finalidad estética. El primero de ellos es un problema de *intrusismo impropio* y el otro, de *intrusismo propio*. Nos explicamos: la inexistencia de regulación concreta y clara, que delimite la situación y la capacidad de ofertar tratamientos médico-estéticos siembra el camino al intrusismo laboral, tal y como sucedió ya hace más de 30 años antes de que la cirugía estética estuviera normativizada e incluida dentro de la cirugía plástica.

Conocemos como *intrusismo impropio* a la situación generada por la inexistencia de especialización médica, cuestión que posibilita que exista un mercado en el que podamos encontrar médicos estéticos que, o bien no tienen ninguna especialización, o bien son especialistas en otras ramas y se dedican a la medicina estética no quirúrgica, o bien son especialistas en cirugía plástica, estética y reparadora y además de operar, realizan el resto de intervenciones que se engloban dentro de los actos médicos de satisfacción con finalidad estética, en ocasiones estando poco o nada capacitados para ello.

Este hecho, en realidad, no constituye ningún tipo de irregularidad, pues los licenciados y graduados en medicina, que no tengan especialización, pueden realizar todos los actos de la profesión médica para los que no sea preciso una especialización concreta, sin embargo, el límite, para no incurrir en el tipo delictivo de intrusismo

Cirugía Maxilofacial, Cirugía Plástica y Reparadora, Rehabilitación y Traumatología y Cirugía Ortopédica, que figuran en el apartado primero del anexo del Real Decreto 127/1984, de 11 de enero, por el que se regula la formación médica especializada y la obtención del título de Médico Especialista, pasan a denominarse, respectivamente, Cirugía Oral y Maxilofacial, Cirugía Plástica, Estética y Reparadora, Medicina Física y Rehabilitación y Cirugía Ortopédica y Traumatología".

laboral es no llegar a cometer acciones reservadas para la especialidad, de la que no se encuentren en posesión.

Acometer actuaciones para las que se requiere una especialización, sin contar con ella sí que supone uno de los dos supuestos de *intrusismo propio*, el cual concuerda con lo tipificado como delito en la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal¹¹². Concretamente con lo tipificado en el artículo 403 del CP¹¹³.

Para nuestro objeto de estudio existen dos posibilidades de incurrir en el hecho delictivo. La posibilidad más grave supone que un sujeto que ni tan siquiera sea médico realice actos propios de la profesión, y la más leve se daría cuando un médico realizara actos propios de una especialización que no ostenta.

El intrusismo profesional, tipificado como delito en el artículo 403 CP, lleva a que personas sin la habilitación suficiente e incluso sin el título o habilitación de médico estén practicando técnicas médicas de cierta complejidad sin las garantías suficientes y en ocasiones, en lugares con deficiente salubridad e higiene. Es por todos de sobra conocido que existen personas que han sufrido daños y lesiones corporales por el uso incorrecto de la silicona¹¹⁴ y de otras intervenciones estéticas.

Existe doctrina que ha analizado la dualidad expuesta referida al problema del intrusismo laboral de los profesionales médicos, cuestión que nos indica la relevancia del problema.

Así, LOMAS HERNÁNDEZ expone en consonancia con lo ya referido que en realidad nos ubicamos ante dos modos distintos de incurrir en el intrusismo¹¹⁵. Esto es

¹¹² Ley Orgánica 10/2015, de 23 de noviembre, del Código Penal. Publicado en el BOE núm. 281, de 24 de noviembre de 1995 (texto consolidado de abril de 2015).

¹¹³ Artículo 403 CP (tras la reforma del año 2015): «1. *El que ejerciere actos propios de una profesión sin poseer el correspondiente título académico expedido o reconocido en España de acuerdo con la legislación vigente, incurrirá en la pena de multa de doce a veinticuatro meses. Si la actividad profesional desarrollada exigiere un título oficial que acredite la capacitación necesaria y habilite legalmente para su ejercicio, y no se estuviere en posesión de dicho título, se impondrá la pena de multa de seis a doce meses. 2. Se impondrá una pena de prisión de seis meses a dos años si concurriese alguna de las siguientes circunstancias: a) Si el culpable, además, se atribuyese públicamente la cualidad de profesional amparada por el título referido. b) Si el culpable ejerciere los actos a los que se refiere el apartado anterior en un local o establecimiento abierto al público en el que se anunciare la prestación de servicios propios de aquella profesión.*».

¹¹⁴ Que en los años 90 del siglo XX llegó a ser directamente inyectada en labios, pómulos, glúteos y mamas de clientes en centros estéticos sin carácter médico, especialmente en peluquerías.

¹¹⁵ Dice el autor: "en realidad lo que hay es una doble modalidad de delito de intrusismo, una grave si se

así por cuanto en el delito de intrusismo ligado a las profesiones sanitarias, existe una dualidad en la que el tipo más grave, que estaría reservado para aquellos que realizan funciones reservadas a un profesional sanitario sin tener la titulación académica - que se refiere a la titulación universitaria que otorga el título de medicina-; así como el tipo más leve, que se comete cuando se realizan actos propios de una especialidad para la que no se está habilitado. Esto es lo que sucede cuando un profesional que sí tiene un título académico, de licenciado o graduado en medicina, y que no tenga el título oficial de especialidad, realice actos propios de la misma.

Sea como fuere, en ambos casos, debemos dejar claro un ítem del que en muchas ocasiones prescindimos, el delito de intrusismo se comete al realizar cualquier acto propio de una profesión sin tener el título académico u oficial - según el caso - y no cuando esa actividad ejercida sin título provoca un daño, el daño es irrelevante a efectos de la comisión del delito. Dado que estamos ante un delito de los conocidos como *delito de actividad*.

Asimismo lo entiende y asegura, entre otros, LOMAS HERNÁNDEZ¹¹⁶, pero también la Sección Novena de Audiencia Provincial de Madrid, que en la reciente Sentencia de 4 de marzo de 2016¹¹⁷, pues aunque resuelve en vía Civil, una cuestión de daños a una *paciente-cliente* en una intervención de aumento de senos, señala que el hecho de que el profesional médico se publicitara como especialista en cirugía estética y que, sin embargo, no contara con la especialización homologada en España se valora a efectos de incumplimiento en la información que el profesional debe ofrecer a su paciente-cliente, es decir, se considera el hecho de no haber informado de la carencia de titulación homologada como "*un engaño determinante de la prestación del*

ejercen actos propios de una profesión sin tener título académico que habilite para ello (...), y otra más leve que se reserva para aquellas conductas por las que se ejercen actividades profesionales que exigen estar en posesión de un título oficial (no académico) que acredita la capacitación necesaria y habilita legalmente para ello". LOMAS HERNÁNDEZ, Vicente, "Cap. I - Profesiones y Profesionales Sanitarios en la normativa actual" en LARIOS RISCO, David (Coord.) *Marco jurídico de las profesiones sanitarias*. Ed. Lex Nova. 2007. Valladolid. Pág. 86.

¹¹⁶ Cuando asegura que el delito de intrusismo es "*un delito de actividad, que se consuma con la realización de un sólo acto de la profesión invadida y sin que sea preciso el requisito de la habitualidad. (...) Este delito lo que castiga no es la impericia sino la falsa atribución del título y la práctica de actos propios de una profesión titulada, por lo que se produce siempre que concurren los elementos objetivos (normativo y material) y subjetivos descritos, con independencia de que se produzca o no un resultado lesivo*". LOMAS HERNANDEZ, Vicente, en LARIOS RISCOS, David, *Op. Cit.* Págs. 86 y 87.

¹¹⁷ Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección Novena, de 4 de marzo de 2016. Ponente D^a María José Romero Suárez. JUR\2016\88951.

consentimiento de la demandante, que de haberlo conocido era de presumir que no se sometiese a la intervención estética ni reparadora con este profesional"¹¹⁸. Como se observa, en esta ocasión, no se valora el hecho de la falta de formación especializada como delito de intrusismo, pero se recurre a la misma como argumento de peso para sentenciar en contra del profesional que actuó sin estar correctamente capacitado, vinculando esta situación a la vulneración de la información y del consentimiento informado (que serán ampliamente analizados en el capítulo siguiente).

En relación con los actos médicos de satisfacción, el principal problema que hemos observado, si volvemos a centrarnos en el intrusismo laboral, es que *no existe la especialidad de medicina estética*, por lo que los profesionales médicos que actúan anunciándose como médico estéticos, no están invadiendo ninguna especialidad, salvo que realicen tareas propias de los cirujanos estéticos - que sí están como hemos visto regulados y tienen la misma habilitación que los cirujanos plásticos - y, solo en ese momento se podría hablar de una invasión profesional¹¹⁹.

En los casos de tratamientos dermatológicos con objetivos estéticos, los médicos dermatólogos defienden que sólo ellos están capacitados para realizar éste tipo de prácticas, sin que se haya regulado a día de hoy el uso del láser cutáneo, de modo excluyente, dentro de algún tipo de especialidad médica.

El "mercado de la belleza" está en constante evolución y auge, y el legislador y el Ministerio de Sanidad, que además siguen la pauta europea, van más lentos que la sociedad a la hora de regularizar las prácticas y limitar la posibilidad de realización de las mismas a cierto colectivo suficientemente preparado y capaz de llevarlas a cabo sin que supongan un riesgo para los usuarios de las mismas.

Es sorprendente que, de forma contemporánea a la realización del presente estudio, haya aparecido en prensa un conjunto de noticias que tratan sobre afectados por prácticas con finalidad estética realizadas por intrusos sin habilitación profesional suficiente en clínicas al margen de la legalidad. Tal es el caso, a modo de ejemplo, del

¹¹⁸ Fundamento de Derecho Segundo *in fine*, de la SAP Madrid de 4 de marzo de 2016. JUR\2016\88951.

¹¹⁹ De este riesgo ya hablaba José Manuel MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ en el año 1997 en su obra *La Cirugía Estética y su responsabilidad*. Ed. Comares. El autor consideraba alarmante que muchos profesionales de la *cirugía estética*, se autoproclamasen como tal, sin contar con especialización. MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ, José Manuel, *op. cit.* Pág. 184.

artículo publicado en el Diario de Ibiza el día 29 de julio de 2012¹²⁰, en el que se habla de más de treinta denuncias de clientes de una presunta clínica estética sita en Barcelona¹²¹. Asimismo, la versión digital del periódico El Mundo, el pasado día 21 de diciembre de 2010 publicó una noticia¹²² en la que se hacía eco de la condena establecida por el Juzgado de lo Penal nº 4 de Las Palmas de Gran Canaria, en la que varias personas resultan condenadas al ser consideradas autores responsables de un delito de intrusismo profesional y delito de lesiones por imprudencia grave¹²³.

Según se ha denunciado en diversas ocasiones desde la Sociedad Española de Medicina Estética (SEME), los vacíos normativos al respecto de los nuevos actos médico-estéticos, como la depilación láser, las inyecciones de vitaminas o de sustancias para rellenar las arrugas de la piel, o cualesquiera otros tratamientos médicos que pueden ser llevados a cabo por personas no expertas, suponen un elevado riesgo para la salud de los clientes, que deberían, en la medida de lo posible, acudir a profesionales médicos para someterse a este tipo de intervenciones.

Como se observará en el apartado quinto del Capítulo, esta cuestión tampoco ha sido resuelta en los países de nuestro entorno más próximo, por lo que consideramos oportuno, como se observará en el apartado de conclusiones y propuestas, que se alcance un consenso y se regule y estandarice el sector de la medicina estética.

¹²⁰ Puede encontrarse el artículo al que nos referimos en la hemeroteca digital del Diario de Ibiza en el siguiente enlace <http://www.diariodeibiza.es/pitiuses-balears/2012/07/29/pacientes-ibiza-afectados-infiltraciones-ilegales-botox-silicona-barcelona/568639.html>. Consultado el 19 de enero de 2016.

¹²¹ El centro fue clausurado por la Conserjería de Salud de la Generalitat de Catalunya y la propietaria y una trabajadora del mismo fueron detenidas por las lesiones causadas a los denunciantes al haberles inyectado Bótox y silicona líquida - que no era apta para uso médico - de forma irregular, sin tener la preparación médica suficiente, y causando en los denunciantes lesiones de distinta gravedad. En algún caso fue necesario intervenir quirúrgicamente a los afectados para extraer las sustancias infiltradas al haberse adherido a los tejidos musculares.

¹²² Puede encontrarse el artículo al que nos referimos en la hemeroteca digital de El mundo.es en el siguiente enlace <http://www.elmundo.es/elmundo/2010/12/21/espana/1292956034.html>. Consultado el 19 de enero de 2016.

¹²³ Al considerarse probado que *"con absoluto desconocimiento de las técnicas médicas oportunas, despreciando las consecuencias altamente perjudiciales para la salud de su acción, sin poseer título ni habilitación alguna que le capacitara para ello, realizó actos de exclusiva competencia de clínicas especializadas en cirugía estética que precisan la dirección de un facultativo médico"*.

4. Los consumidores y los actos médicos de satisfacción

El acto médico de satisfacción, y más concretamente aquél que tiene finalidad estética, siempre será fruto de una relación privada entre un particular y un médico, motivo por el que es posible preguntarse si nos podemos encontrar dentro del ámbito de aplicación de la normativa de protección de los derechos de los consumidores.

La Constitución Española de 1978¹²⁴ en su artículo 51, establece que "*los poderes públicos garantizarán la defensa de los consumidores y usuarios, protegiendo, mediante procedimientos eficaces, la seguridad, la salud y los legítimos intereses económicos de los mismos*".

En virtud del mandato constitucional señalado, en el año 1984 fue promulgada la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios¹²⁵, que junto con la Ley 22/1994, de 6 de julio, de responsabilidad civil por los daños causados por productos defectuosos¹²⁶ y otras normas conexas sobre la materia, fueron refundidas mediante la aprobación del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias¹²⁷ (en adelante, TRLGDCU, o Texto Refundido de la Ley de Consumidores y Usuarios), que es la norma que desde la fecha se ocupa del régimen de protección de los consumidores y usuarios.

Obviando en el presente momento la implicación que puede tener el régimen de responsabilidad por daños ocasionados por productos defectuosos, que podría tener aplicación en nuestro objeto de estudio en algunos supuestos en concreto, como por ejemplo en aquellas intervenciones estéticas en las que se introdujera en el organismo un producto sanitario implantable¹²⁸, en el presente apartado se pretende analizar si, *per*

¹²⁴ Constitución Española de 1978. Publicada en el BOE núm. 311, de 29 de diciembre de 1978 (texto consolidado septiembre 2011).

¹²⁵ Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios. Publicada en el BOE núm. 176, de 24 de julio de 1984. (Disposición Derogada).

¹²⁶ Ley 22/1994, de 6 de julio, de responsabilidad civil por los daños causados por productos defectuosos. Publicada en el BOE núm. 161, de 7 de julio de 1994. (Disposición Derogada).

¹²⁷ Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias. Publicada en el BOE núm. 287, de 30 de noviembre de 2007 (texto consolidado julio de 2015).

¹²⁸ Situación sobre la que existe doctrina, de entre la cual se debe destacar las obras de las doctoras Gili Saldaña y Gil Membrado, que figuran en la bibliografía de la presente investigación, y según ellas, como

se, las intervenciones médicas sobre las que estamos investigando tienen cabida dentro de la protección jurídica a los consumidores, sin tener en consideración ningún defecto de producto, situación en la sí que debería prosperar una hipotética reclamación contra el productor, tal y como se observará en el apartado correspondiente del Capítulo IV de la presente investigación.

Si acudimos al Capítulo I, del Título I, del Libro Primero del TRLGDCU observamos como el ámbito de aplicación de la norma son *las relaciones entre consumidores o usuarios y empresarios* (art. 2) y tendrán la consideración de consumidores o usuarios *las personas físicas que actúen con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión* (art. 3). Así, los consumidores serán personas que actúan fuera de su profesión.

El profesional médico que realiza los actos médicos de satisfacción con finalidad estética puede además ajustarse a la definición de *empresario* que da la norma en el artículo 4º, pues señala que se considerará empresario *a toda persona física o jurídica, ya sea privada o pública, que actúe directamente o a través de otra persona en su nombre o siguiendo sus instrucciones, con un propósito relacionado con su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión.*

De todo lo anterior se deduce que el sujeto que acude al médico es un consumidor, y el profesional médico que le asiste es un empresario. Así, en virtud de lo expuesto en la norma, podría hipotéticamente englobarse el contrato de actos médicos de satisfacción con finalidad estética dentro del régimen de defensa de los consumidores y usuarios, pues el sujeto que acude a contratar con el médico-estético actuará con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión, dado que no consideramos posible que la profesión de un sujeto sea intervenir estéticamente, incluso cuando la profesión del sujeto esté íntimamente relacionada con su imagen o belleza, como en el caso de los modelos, los actores, etc. Veremos seguidamente como ello no es del todo así.

La hipotética aplicabilidad de las normas de consumidores a los pacientes lleva a que se entienda de otro modo la relación jurídica entre médico y paciente (o cliente). En

veremos, serán indemnizados por el productor los daños ocasionados por sus productos defectuosos, configurándose un régimen de responsabilidad específico para este tipo de casos que será analizado en el apartado 2.3. del Capítulo IV.

palabras de TOMILLO URBINA la relación consumidor - profesional médico o centro médico es una relación vertical de consumo, en la que el paciente (o cliente) que interviene como consumidor necesita una protección especial¹²⁹.

En virtud de esta opinión, la aplicabilidad del régimen de consumidores nos llevaría a su vez, a que se genere una relación comercial que debe tender a la protección del consumidor, también en los casos de asistencia sanitaria, según el autor citado, cabría plenamente su aplicabilidad en las relaciones de medicina curativa.

Pese a esta teórica aplicabilidad de las normas de consumidores, ya desde que fuera aprobada la Ley de 1984, que incluía entre los servicios introducidos en el artículo 28.2 a los servicios sanitarios, la realidad ha sido un tanto distinta. La responsabilidad que recoge la norma de consumidores es de tipo objetiva, algo que se ha considerado que no encaja con la responsabilidad sanitaria, tradicionalmente subjetiva, por lo que, si se entendía que se podía acudir a la aplicabilidad del antiguo artículo 28 de la Ley de Consumidores de 1984 (equivalente al 148 del TRLGDCU) cabía que se acudiese a este tipo de responsabilidad objetiva en casos de responsabilidad médica.

En un primer momento, no hubo mucha reclamación en la que se alegara la aplicabilidad del antiguo artículo 28 de la Ley de Consumidores de 1984. Según el análisis realizado por RODRÍGUEZ MARÍN, la falta de alegación de este artículo podría deberse al arraigo de las posturas más culpabilísticas, que consideraban la responsabilidad médica desde el prisma del subjetivismo¹³⁰.

¹²⁹ Concretamente señala el autor: "*en las reclamaciones jurídicas de carácter patrimonial derivadas de relaciones verticales entre un empresario y un consumidor, en el sentido que hemos visto, es decir, entre un prestador de servicio sanitario y un paciente, debe postularse la aplicación de un principio <<pro consumitore>>. Por ello, cuando hay una relación vertical de consumo - y la sanitaria lo es - resulta precisa de lege data una protección preferente de los derechos del paciente frente al prestador del servicio sanitario*". TOMILLO URBINA, Jorge, "La paridad posicional en el ámbito sanitario: hacia la consideración jurídica del paciente como consumidor" en TOMILLO URBINA, Jorge, y CAYÓN DE LAS CUEVAS, Joaquín, *La Protección Jurídica del Paciente como Consumidor*. Ed. Thomson Reuters - Aranzadi. 2010. Cizur Menor. Página 70.

¹³⁰ Concretamente, el autor señala: "*los perjudicados no invocaban el citado precepto, los Tribunales en sus distintas instancias tampoco los invocaban, ni en uso del principio iura novit curia, por considerar tal responsabilidad básicamente subjetiva. En la Sentencia del TS de 22 de julio de 1994 (RJ 1994, 6581) es cuando por primera vez se alega el precepto y la primera también de una serie de sentencias en las que se niegan a aplicar a los servicios sanitarios el régimen de responsabilidad objetiva del citado precepto, aplicable solo en el ámbito administrativo, no incidiendo en el civil*". RODRÍGUEZ MARÍN, Concepción, "Medicina Satisfactiva" en ORTI VALLEJO, Antonio y GARCÍA GARNICA, M^a del Carmen (dirs.), *La Responsabilidad Civil por Daños Causados por Servicios Defectuosos*. Ed. Thomson-

Es decir que tras la aprobación de la Ley de General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios en el año 1984, transcurrieron más de diez años hasta que se relacionó la norma de protección de consumidores con la relación comercial sanitaria dentro del ámbito civil. Pese a ser, en palabras de la doctrina referida, perfectamente aplicable, al menos hipotéticamente, sin embargo, aún a día de hoy existen dudas sobre su encaje en supuestos de responsabilidad sanitaria.

La principal duda estriba, tal y como señala PARRA LUCÁN en la aplicabilidad o no de las normas de defensa de consumidores a la responsabilidad personal del profesional médico¹³¹, pues en principio, parece ya pacífico que esta norma es plenamente aplicable a la cuestión del *funcionamiento del servicio*. Es decir, si en el transcurso de la intervención médica contratada, el consumidor contrae una infección fruto de la inobservancia de las medidas de higiene necesarias, no cabría duda de la aplicabilidad de la responsabilidad objetiva consagrada para la defensa de los consumidores. Sin embargo, no existe unanimidad al respecto de la posibilidad de circunscribir el régimen de defensa de los consumidores a la concreta actuación del profesional médico, y parece que la mayoría de la doctrina y la jurisprudencia se decanta por descartar esta posibilidad.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de julio de 1994¹³², considera que no cabe acudir a las reglas de la norma de consumidores y usuarios en materia de responsabilidad sanitaria, si bien es cierto, que el caso objeto de estudio es de responsabilidad sanitaria de la Administración Pública.

Resulta relevante observar la forma en que la STS de 1994 desecha la aplicabilidad del régimen de defensa de los consumidores y usuarios, que generaría una objetivación de la responsabilidad civil. Considera la Sentencia que:

"La proyección de la susodicha Ley a los supuestos de daños derivados de responsabilidad contractual y extracontractual, concretamente, los acaecidos en el

Reuters Aranzadi. 2ª Edición. 2015. Cizur Menor. Pág. 456.

¹³¹ PARRA LUCÁN, Mª Ángeles, "Comentario del artículo 148 del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios" en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo, (coord.), *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras Leyes complementarias. (Real Decreto Legislativo 1/2007)*. Ed. Thomson Reuters - Aranzadi. 2009. Cizur Menor. Págs. 1747.

¹³² Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 22 de julio de 1994. Ponente D. Alfonso Barcalá Trillo-Figueroa. RJ\1994\6581.

campo de la asistencia hospitalaria y sanitaria médico-quirúrgica, vendría supeditada a la concurrencia ineludible del factor culposo o negligente prevenido en los artículos 1101 y 1902 del Código Civil, toda vez que es doctrina consolidada de la Sala la relativa a que «si bien es cierto que la jurisprudencia ha evolucionado en el sentido de objetivizar la responsabilidad extracontractual, no lo es menos que tal desarrollo lo ha hecho en un sentido moderado, preconizando una inversión de la carga de la prueba, pero sin excluir, en modo alguno, el principio de la responsabilidad por culpa, y acentuando, incluso, el rigor de la diligencia requerida según las circunstancias del caso, pero sin erigir la responsabilidad basada en el riesgo en fundamento único de la obligación de resarcir», doctrina la así resumida que, por ser de general conocimiento, excusa la cita de las múltiples sentencias que la recogen»¹³³.

Se observa que, en un primer momento, el rechazo a la aplicabilidad de las normas de defensa de consumidores y usuarios parece tener dos orígenes: el hecho de que las normas de defensa de consumidores y usuarios no fueran invocadas por los perjudicados, que seguramente tiene como principal motivo, a su vez, el hecho de que el régimen de responsabilidad que se configura, imposibilita reclamar daños morales, y eso reduce considerablemente la cuantía indemnizatoria; y el hecho de que los tribunales tradicionalmente considerasen que el régimen de responsabilidad sanitaria era, y debía seguir siendo, culpabilístico y, en virtud de lo expuesto, no podía tener cabida el régimen de responsabilidad objetiva que plantea la normativa de consumidores y usuarios.

Resulta significativo el comentario que de la referida STS de 22 de julio de 1994 realizó BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO¹³⁴, pues en él el autor señala que el hecho de que los perjudicados de los daños médicos no alegaran la aplicabilidad de la norma de defensa de los consumidores y usuarios, no era motivo suficiente para ignorar la existencia y la aplicabilidad del precepto, teniendo en cuenta el principio *iura novit curia*¹³⁵. El autor, además, señala que la peculiaridad de la Sentencia analizada es que el perjudicado había motivado su recurso de casación en la infracción de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y "*ello supone que la misma no ignora ya dicho precepto, en relación con la responsabilidad derivada de prestaciones médicas, sino que pasa a rechazar expresamente su aplicación al caso*"¹³⁶, algo que se

¹³³ STS 22 de julio de 1994. RJ\1994\6581. Fundamento Jurídico Cuarto.

¹³⁴ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo, "Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de Julio de 1994" en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*. Núm. 37. Enero - Marzo 1995. Págs. 149 - 156.

¹³⁵ *Cit. Supra*. Pág. 154.

¹³⁶ *Cit. Supra*. Pág. 154.

realiza, en consideración del citado autor entendiendo que la norma aludida es una norma de carácter administrativo. Este es un argumento que no pudo sostenerse en el tiempo, al ser la defensa del consumidor un objetivo común en todos los órdenes jurisdiccionales.

Seguramente fue por ese motivo que la línea jurisprudencial fue evolucionando y la STS de 11 de febrero de 1998¹³⁷, resolviendo uno de los casos de contagio de VIH por transfusión sanguínea, señala en su fundamento de Derecho Segundo que, ante la controversia de la aplicabilidad o no de las normas y el régimen jurídico de defensa de los consumidores a los casos de asistencia médica, debe observarse la responsabilidad del régimen de los consumidores¹³⁸, al entender que existe un innegable fallo en servicio prestado.

El Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, en su artículo 148 incluye los daños derivados de servicios sanitarios dentro del régimen especial de responsabilidad, para consumidores y usuarios, y lo cierto es que hoy, sí que se está ajustando este régimen a casos de actos médicos de satisfacción con finalidad estética. Así, en la SAP de Navarra, de 30 de junio de 2014¹³⁹, analizando un caso de depilación láser, que es un acto médico de satisfacción con finalidad estética, considera aplicable el régimen referido (arts. 147 y 148) cuando señala la existencia de daños derivados de la prestación del servicio. Concretamente, se señala en el Fundamento de Derecho Segundo:

"Debemos partir de la base de que acreditado el daño y la relación de causalidad con el servicio prestado por la demandada, su culpa se presume por aplicación de la llamada teoría del riesgo y por considerar aplicable el régimen de

¹³⁷ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 11 de febrero de 1998. Ponente D. Antonio Gullón Ballesteros. RJ\1998\707.

¹³⁸ Señala literalmente el Fundamento de Derecho Segundo de la STS de 11 de febrero de 1998: *"El motivo, en forma escueta, plantea si en el caso litigioso se dan los requisitos básicos para la imputación de responsabilidad con arreglo a los artículos citados (aunque el aplicable debió ser el artículo 28 de la Ley 26/1984, de 19 julio, como vio el Juez de Primera Instancia con todo acierto, no así la Audiencia sentenciadora). (...) Ahora bien, queda sujeto a la apreciación de esta Sala la cuestión de si existe o no un nexo de causalidad entre los hechos (transfusión de sangre y aparición posterior de anticuerpos del Sida), y la imputación, en su caso, de la responsabilidad consiguiente, pues tales cuestiones, como ha puesto de relieve innumerables sentencias de esta Sala, pueden ser sometidas a casación, y es indispensable la determinación del nexo causal fáctico para la imputación de responsabilidad, cualquiera que fuere el criterio que se utilice (objetivo o subjetivo)."*

¹³⁹ Sentencia de la Audiencia Provincial de Navarra, Sección 3ª, de 30 de junio de 2014, Ponente D. Ildelfonso Prieto García-Nieto. AC\2014/1464

*responsabilidad de los prestadores de servicios establecido en los arts. 147 y 148 del texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias aprobado por RD Legislativo 1/07 que consagra dicha inversión de la carga probatoria al establecer que "Los prestadores de servicios serán responsables de los daños y perjuicios causados a los consumidores y usuarios, salvo que prueben que han cumplido las exigencias y requisitos reglamentariamente establecidos y los demás cuidados y diligencias que exige la naturaleza del servicio"*¹⁴⁰.

Esta Sentencia es relevante por cuanto parece dar un paso más allá, es decir, parece situarse a favor de considerar que la responsabilidad objetiva del artículo 148 del TRLGDCU, podría aplicarse al prestador del servicio (el profesional), pues en el caso que enjuicia, el servicio contratado era una depilación láser y los daños que el consumidor reclamaba eran quemaduras provocadas por la aplicación del mismo sobre su piel. Sin embargo, esta postura es minoritaria y como regla general, se considera que el daño en el servicio se refiere exclusivamente al daño en el funcionamiento del mismo¹⁴¹, y no a la actuación del profesional que presta el servicio.

Así, podemos concluir, por el momento en lo que al régimen de consumidores se refiere¹⁴², haciéndonos eco de la idea de la ya citada autora RODRÍGUEZ MARÍN, que señala la doble vía posible en los casos de daños derivados de un acto médico de satisfacción¹⁴³. Sin embargo, esto no es una cuestión plenamente pacífica y se analizará y ampliará en el Capítulo IV del presente estudio¹⁴⁴.

5. El acto médico de satisfacción en los países de nuestro entorno

En los países de nuestro entorno, fruto de la armonización que la Unión Europea ha ido realizando en algunas materias, existe un tratamiento bastante similar de algunos

¹⁴⁰ (El subrayado del fragmento es propio).

¹⁴¹ Como se observa en el Comentario al artículo 148 del TRLGDCU realizado por PARRA LUCÁN. *vid.* PARRA LUCÁN, M^a Ángeles, *op. cit.* Pág. 1747.

¹⁴² Ya que volveremos a analizar la posibilidad de acudir a esta vía en el capítulo IV (apartado 2.4), correspondiente al estudio de la responsabilidad civil en los actos médicos de satisfacción con finalidad estética.

¹⁴³ La autora señala que: "el usuario de un servicio de medicina voluntaria dispone de dos posibles vías de defensa de sus intereses dañados: el Código Civil y la LGDCU, aunque quede reducida a una, pues en muchas ocasiones sólo prosperan las argumentadas bajo los preceptos del Código y, si no es así, ya se encargan los Tribunales de hacerlo". RODRÍGUEZ MARÍN, Concepción, *op. cit.* Pág. 458.

¹⁴⁴ *Vid.* Capítulo IV, apartado 2.4.

de los aspectos que se han abordado en el presente capítulo, y de otras cuestiones. Sin embargo, no existe uniformidad normativa.

Fijándonos primeramente en los puntos de conexión podemos ver como gracias a la Directiva 2005/36/CE¹⁴⁵, relativa al reconocimiento de calificaciones profesionales, existe armonización al respecto de las especializaciones de los profesionales. Según el artículo 21.1, los Estados miembros de la UE deben reconocer los títulos de formación de médico especialista de los demás Estados. Y además, se establece en su artículo 26 que podrán generarse nuevas especialidades médicas comunes, si los Estados miembros las reconocen y las proponen a la Comisión.

En su Anexo V, el punto 5.1.3. habla de las denominaciones de las distintas especialidades médicas en los distintos Estados miembros y de los años necesarios para obtener la referida especialidad. Su objetivo es armonizar esta cuestión, para favorecer la libre circulación de profesionales de la salud, por lo que la directiva nace con idea de vincular a los Estados en cuanto a la duración de los estudios y la existencia de esas especialidades¹⁴⁶.

En nuestro caso, los profesionales implicados son médicos especialistas en *Cirugía plástica, estética y reparadora*¹⁴⁷, cuyo tiempo de especialización está establecido en la Directiva en un periodo de 5 años.

Que exista esta previsión comunitaria al respecto de la especialización en cirugía, y que sin embargo no exista alusión alguna a la medicina estética no quirúrgica a nivel UE, fomenta que en el resto de países de nuestro entorno se repita la situación que en España también se observa¹⁴⁸, el vacío normativo al respecto de las actividades

¹⁴⁵ Directiva 2005/36/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de septiembre de 2005, relativa al reconocimiento de cualificaciones profesionales. Publicada en el DOUE núm. L 255/22, de 30 de septiembre de 2005.

¹⁴⁶ Parece que sin perjuicio de que existan otras especialidades no armonizadas, pues como hemos visto, se considera que el listado podrá ser ampliado en el artículo 26 anteriormente referido de la Directiva y además, se hace constante alusión a la falta de consenso al respecto de la especialización correspondiente a las "matronas", por lo que no obliga a una armonización en este campo, pero reconoce ciertas singularidades en los distintos ordenamientos y sí armoniza otras cuestiones.

¹⁴⁷ Aunque el apartado 5.1.3 del Anexo V de la Directiva se titula "*cirugía plástica*", en el mismo se señala que el nombre de la especialidad en España es "*cirugía plástica, estética y reparadora*".

¹⁴⁸ Y que hemos observado de facto, al analizar la situación del profesional médico en apartados precedentes del presente Capítulo I.

médicas con finalidad estética y sin cirugía. Aunque como hemos visto, la propia Directiva considera que pueden crearse nuevas especializaciones en un futuro.

Vemos como la aprobación de una Directiva europea que ha supuesto un punto de unión en relación y armonización en relación con la cirugía plástica, es a la vez, una situación de desconexión, al no haber sido prevista la medicina estética no quirúrgica, que existe en todo el mundo y que cada vez está desarrollándose más. Y consideramos que la UE es competente para la armonización de las ordenaciones sanitarias, pues es la propia Directiva la que establece los motivos que posibilitan e incluso justifican esa armonización.

En primer lugar, el Artículo 46 (antiguo artículo 40) del Tratado de la Unión Europea¹⁴⁹ expone la necesidad de que el Parlamento Europeo y el Consejo adopten medidas tendentes a hacer efectiva la libre circulación de los trabajadores, entre otras medidas a tomar, el propio artículo habla de la eliminación de los procedimientos y prácticas administrativos que constituyan una barrera u obstáculo a la liberalización de los movimientos de los trabajadores. En segundo lugar, el artículo 53 del Tratado de la Unión Europea (antiguo artículo 47) considera necesario el reconocimiento mutuo de diplomas, certificados y otros títulos y, concretamente en relación con las profesiones médicas (y otras), se establece como objetivo la progresiva supresión de las restricciones, aunque esta quede condicionada a la coordinación por parte de los Estados miembros.

Visto que la medicina estética no quirúrgica es un aspecto no regulado de forma supranacional o, mejor, no armonizado desde el punto de vista de la Unión Europea, si queremos ver cuál es la situación de la misma en los países de nuestro entorno deberemos hacerlo analizando sus ordenamientos jurídicos.

En el caso de Francia, la profesión regulada siguiendo las pautas europeas es la "*chirurgie plastique, reconstructrice et esthétique*"¹⁵⁰ y se encuentra regulada dentro del *Code de la Santé Publique*¹⁵¹, que establece muchos preceptos relevantes para la

¹⁴⁹ Tratado de la Unión Europea. Versión Consolidada de 2016. Publicada en el DOUE núm. C 202/16, de fecha 7 de junio de 2016. Puede consultarse el texto consolidado en el siguiente enlace: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=OJ:C:2016:202:FULL&from=ES> (Consulta realizada el 19 de enero de 2017).

¹⁵⁰ Cirugía plástica, reparadora y estética, exactamente igual al nombre del título español.

¹⁵¹ Código Francés de la Salud Pública. Versión consolidada de 28 de septiembre de 2016. Disponible en

materia, incluso, algunos dirigidos a los posibles daños ocasionados en clínicas e instalaciones que no eran óptimas. El propio Código Francés de Salud Pública establece en su artículo L6322-1 que "*una intervención de cirugía estética, (...) no puede llevarse a cabo más que dentro de instalaciones que satisfacen las condiciones técnicas y de funcionamiento*"¹⁵². La propia norma de derecho público señala las características que deben tener las instalaciones que se consideran necesarias para que puedan llevarse a cabo esas intervenciones estéticas, pese a entenderse que la intervención quirúrgica estética será de carácter privado, pues la norma de salud pública también regula las condiciones que deben tener todos los centros y establecimientos sanitarios (sean del ámbito que sean)¹⁵³.

El *médico estético* tampoco es en Francia un especialista, pues la medicina estética no está reconocida por el *Conseil National de l'Ordre des Médecins* (el Consejo Nacional Francés de Ordenación Médica). También se observa el mismo problema que en España: una pugna entre los especialistas en cirugía plástica, reparadora y estética y los profesionales en medicina con otras especializaciones o sin ella, que se dedican a la medicina estética de tipo no quirúrgica.

Como observamos, en nuestro país vecino, se vive una situación relativamente similar a la Española en cuanto a la especialización de los profesionales, pero eso no es todo, pues además, también existe un sistema público de sanidad (*Santé Publique France*¹⁵⁴), que excluye de la cobertura sanitaria los actos médicos de satisfacción con finalidad estética, por lo que la medicina meramente estética es también de ámbito privado, aunque el sistema de salud francés siempre incluye parte de pago del particular.

Además, tal y como señala la Dra. SÁNCHEZ SAGRADO "*el sistema de salud francés pertenece al modelo bismarkiano. En este modelo los servicios sanitarios están financiados por cuotas de los trabajadores y empresarios (...). Los médicos generalistas son profesionales liberales que se instalan en cualquier parte del territorio. Esta falta*

<https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006072665&dateTexte=20160929> (Consultada 29 de septiembre de 2016).

¹⁵² Traducción propia del texto original: "*une intervention de chirurgie esthétique (...) ne peut être pratiquée que dans des installations satisfaisants à des conditions techniques de fonctionnement*".

¹⁵³ Si seguimos indagando en Legifrance, la base de datos jurídica estatal y pública para la difusión del derecho francés, observamos como no hay menciones relativas a la "*médecine esthétique*" ni tampoco referencias doctrinales hacia los "*actes médicaux satisfaction*".

¹⁵⁴ Puede consultarse información sobre el Sistema Francés de Sanidad en el sitio web: <http://www.santepubliquefrance.fr/> (Consultado el 29 de septiembre de 2016).

*de regulación de la instalación de los médicos a nivel estatal ha generado un grave problema de desertificación médica (...) en zonas rurales o en áreas periféricas de grandes ciudades porque <<no son rentables>>*¹⁵⁵, y siendo así para con los profesionales que forman parte de la medicina curativa, podemos deducir fácilmente el pleno liberalismo regulatorio reinante en el caso de la medicina privada.

Siendo voluntaria, de ámbito privado e insuficientemente respaldada de cara a la especialización, consideramos que el cliente de los actos médicos de satisfacción en Francia se enfrenta a los mismos retos y desafíos que los *pacientes-clientes* españoles, por lo que a nuestro país vecino también le queda mucho camino por andar de cara a ofrecer seguridad jurídica a las personas que adquieren este tipo de servicios médicos sin finalidad curativa y con voluntad de embellecer¹⁵⁶.

En el caso de Italia, la *Associazione Italiana Chirurgia Plastica Estetica* (AICPE), señala literalmente que "*el mundo de la cirugía estética tiene poca regulación y es bueno aclarar para ayudar a los pacientes a orientarse. <<Desde hace tiempo nuestra asociación ha estado luchando para obtener una mayor regulación en este área. Mientras tanto, queremos dar algunos consejos para ayudar a aquellos que deciden acercarse a la cirugía estética (...)>>*"¹⁵⁷. Así, observamos como en el caso italiano, el problema de la regulación existe incluso en el marco de la propia cirugía estética, y en consonancia, será aún menor la regulación existente para todas aquellas técnicas médicas con finalidad estética que no precisen cirugía.

De hecho, aunque vimos que existía una cierta armonización a nivel europeo, marcada por la Directiva 2005/36/CE, si nos fijamos en el nombre que Italia da a la especialidad médica que en España y Francia se conoce como *cirugía plástica, reparadora y estética*, observamos como en Italia, se habla de "*chirurgia plastica e ricostruttiva*", es decir, se omiten las menciones hacia la cirugía estética, lo que hace

¹⁵⁵ SÁNCHEZ SAGRADO, Teresa, "La atención primaria en Francia" en *SEMERGEN- Medicina de Familia*, Vol. 42. Núm. 1. Enero - Febrero 2016. Disponible en: <http://www.elsevier.es/es-revista-semergen-medicina-familia-40-articulo-la-atencion-primaria-francia-S1138359315002762>.

¹⁵⁶ En los apartados de Derecho Comparado de los siguientes capítulos, seguiremos estudiando la situación de los actos médicos de satisfacción con finalidad estética en el Derecho Francés, para poder hacernos una idea completa de la complejidad de la situación, no solo en nuestro ordenamiento jurídico.

¹⁵⁷ Traducción propia del texto: "*Il mondo della chirurgia estetica ha poche regole ed è bene fare chiarezza per aiutare i pazienti a orientarsi. «Da tempo la nostra associazione si batte per ottenere più regole in questo settore. Intanto vogliamo dare alcune indicazioni per aiutare chi decide di approcciarsi alla chirurgia estetica (...)>>*". Texto disponible en <http://www.aicpe.org/Articolo/I/rif000061/3519/5-cose-che-non-tutti-sanno-sulla-chirurgia-estetica-dagli-in> (Consultada 29 de septiembre de 2016).

que, de hecho, no sea sencillo hablar de una completa armonización en el campo de los profesionales médicos¹⁵⁸.

Si continuamos con el análisis del texto de la AICPE encontramos una similitud en la situación los actos médicos de satisfacción con finalidad estética entre España e Italia y es que: "*los procedimientos puramente estéticos no son jamás a cargo del Servizio Nazionale de Salud*"¹⁵⁹, sin embargo, desde dicha Asociación denuncian que existen casos en que profesionales médicos han cometido fraude, al simular que estaban realizando intervenciones con finalidad asistencial, cuando en realidad estaban realizando intervenciones de tipo estético, para obtener la financiación del Sistema Nacional Italiano de Salud.

Tal y como sucede con el sistema español, en Italia, el Servicio Nacional de Salud sí que costea intervenciones de cirugía plástica: "el Servicio Nacional de Salud, se hace cargo de las intervenciones de cirugía plástica, de entre las cuales las más comunes son las relacionadas con los casos de malformaciones"¹⁶⁰. Así en este punto la situación italiana sí que se asemeja mucho a la española¹⁶¹, por lo que observamos que una de las primeras conclusiones que nos surgen, y que valoraremos y desarrollaremos en el Capítulo Final de Conclusiones de la presente investigación es sobre la necesidad y oportunidad de regular la situación, que actualmente se encuentra *infranormativizada*.

¹⁵⁸ De hecho si observamos el Anexo V de la Directiva 2005/36/CE y nos vamos al apartado correspondiente a las *Denominaciones de las formaciones en medicina especializada* (5.1.3.), al que constantemente estamos haciendo alusión, observamos como existen otros muchos países que, como Italia, omiten el término estética en el nombre de la especialización médica. Como por ejemplo: La República Checa, Dinamarca, Irlanda, Luxemburgo, Países Bajos, Polonia y Reino Unido (entre otros).

¹⁵⁹ Traducción propia del original "*gli interventi prettamente estetici non solo mai a carico del Servizio Sanitario Nazionale*".

¹⁶⁰ Traducción propia del original: "*il SSN si fa carico degli interventi di chirurgia plastica fra i quali i più comuni sono quelli legati a esiti di malformazioni*".

¹⁶¹ Tal y como hemos referido con el caso Francés, en los apartados de Derecho Comparado de los siguientes capítulos, seguiremos estudiando la situación de los actos médicos de satisfacción con finalidad estética en el Derecho italiano, para poder hacernos una idea completa de la complejidad de la situación, no solo en nuestro ordenamiento jurídico.

PRIMERA PARTE

EL CONTRATO POR EL QUE SE CELEBRAN LOS ACTOS MÉDICOS DE SATISFACCIÓN CON FINALIDAD ESTÉTICA

CAPÍTULO II. EL CONSENTIMIENTO INFORMADO

1. Concepto y surgimiento de la figura

En la actualidad, todos los sujetos que se sitúan frente a un médico para que les realice cualquier acto propio de las labores médicas, son informados de los aspectos inherentes a las referidas intervenciones. Esto sucede tanto para los pacientes como para los meros clientes, dado que la información es un derecho que, como señala PELAYO GONZÁLEZ-TORRE¹⁶² “*se ha convertido en nuestros días en un elemento esencial de la relación entre el médico y el paciente*”, a lo que añadido y de los clientes, por cuanto en relación con los clientes de actos médicos de satisfacción los profesionales deberán informar también de todo aquello inherente al tratamiento o intervención con objetivo satisfactorio que se les solicite.

Aquello que la doctrina ha consolidado como *derecho de los pacientes y clientes* se plasma a través del llamado *consentimiento informado*, que en puridad no es más que el hecho de consentir, cualquier actuación de la que un profesional médico le haya informado debidamente. Tanto si el acto tiene objetivo sanador como si se trata de medicina de satisfacción, el consentimiento informado es, y debe quedar claro, una declaración de voluntad, que debe surgir desde la autonomía y la libertad del paciente o usuario, para que tenga verdadero valor.

La relevancia del consentimiento informado ha ido *in crescendo*, como podrá observarse, por lo que actualmente podemos considerar que nos encontramos en un estado de plena consagración y protección del mismo. Ello es así por existir un fundamento “jurídico-filosófico”¹⁶³, que se ha entendido por la doctrina, la jurisprudencia y, como veremos, por parte del legislador, y que supone que exista una vinculación estrecha entre el *consentimiento informado* y el *derecho a la autodeterminación del paciente*. Todo ello siguiendo corrientes doctrinales internacionales, que han penetrado absolutamente en nuestro ordenamiento y en el de

¹⁶² PELAYO GONZÁLEZ-TORRE, Ángel, *El derecho a la autonomía del paciente en la relación médica. El tratamiento jurisprudencial del consentimiento informado*. Col. Biblioteca de Derecho y Ciencias de la Vida. Ed. Comares. Granada 2009. Pág. 29.

¹⁶³ Así lo señalan entre otros PELAYO GONZÁLEZ-TORRE, Ángel, *Cit. Supra*. Pág. 38.

nuestros países vecinos. Además, el consentimiento informado es una realidad jurídica en prácticamente la totalidad de los ordenamientos jurídicos de los países desarrollados.

La *autodeterminación* se predica en momentos en que, jurídicamente hablando, nos hallamos en un estadio avanzado en el estudio y la regulación de las relaciones existentes entre médico y pacientes *o usuarios* de servicios sanitarios. Para autores como XIOL RIOS y BASTIDA se vincula la autodeterminación de los pacientes a la autodeterminación de las personas¹⁶⁴. Esto nos lleva a la existencia de un derecho fundamental tras la autodeterminación del paciente y es muy relevante, especialmente en los casos en que se pudiera considerar que no se ha respetado la capacidad del paciente o usuario de tomar decisiones habiendo sido informados previamente, como veremos.

En la actualidad pacientes y *paciente-clientes* tienen reconocidos expresos derechos de determinación sobre si desean recibir o no ciertos tratamientos, llegando en la actualidad a un nivel de decisión muy significativo. Por ello, lógicamente, es más relevante la información que se les ofrece de los tratamientos, y de todo aquello que de ellos pudiera derivarse, como tratamientos posteriores o diferidos, medicaciones, dolores, prácticas o rehabilitaciones post-operatorias y cualquier otra secuela. La información pasa a ser fundamental. Prudentemente consideramos que ello sucede no solo cuando nos encontramos frente a tratamientos con objetivo satisfactorio como se consideró en un momento inicial, sino que la información exhaustiva abarca también el campo de la medicina de sanación, por cuanto en la actualidad los pacientes pueden escoger no querer sanar, o cuando menos, rechazar algún tratamiento en concreto¹⁶⁵, incluso en algunos casos de única alternativa sanitaria para sanar.

El concepto de consentimiento informado, proviene de una fusión, entre *el consentir* y *el informar*, debemos entender este binomio como un *derecho-deber*

¹⁶⁴ Señala literalmente el autor: “*el derecho de autodeterminación del paciente es un derecho fundado en la autodeterminación de la persona, es decir, en la autonomía de la voluntad, que tiene su fundamento constitucional en el artículo 10.1 CE*”. XIOL RIOS, Juan A.; BASTIDA, Francisco J., *Autonomía del paciente, responsabilidad patrimonial y derechos fundamentales*. Fundación Coloquio Jurídico Europeo. Madrid 2012. Pág. 15

¹⁶⁵ Las regulaciones más avanzadas en la materia - como la española - admiten que los pacientes puedan rechazar tratamientos concretos con base en motivos de carácter moral, ético, religioso, humanitario o de conciencia, sin llegar al extremo de poder elegir sobre la propia muerte, un paciente terminal en España puede decidir que no se le alargue artificialmente su vida, lo que puede suponer, *de facto*, dejarse vencer por la enfermedad.

recíproco para ambas partes dentro de la relación profesional médico y sujeto a tratar (sea o no paciente). Ello es así por cuanto no es un solo acto, sino que es un proceder que vincula a todas las partes de la relación existente entre médico y paciente. Además es una figura viva, que puede evolucionar durante toda la relación clínica.

El deber de informar que tiene el profesional, como otra exigencia más del deber de cuidado, se une al deber de consentir que tiene el paciente o cliente de cualquier acto médico si desea que el acto pueda realizársele. Este deber de consentir se observa como parte del derecho a la autodeterminación del usuario de los servicios sanitarios. Actualmente, como podrá observarse, la autodeterminación es fundamental, dado que llega a entenderse, como hemos visto, que la acción de "consentir" es una opción del informado, aunque también en ocasiones se instrumentaliza el consentimiento informado como herramienta jurídica de protección de los profesionales sanitarios.

Esta situación se conoce como medicina defensiva, y consiste, entre otras circunstancias, en utilizar en sentido muy estricto las reglas jurídicas que apoyan la relación médico - paciente (o cliente) y, entre otras herramientas, el consentimiento informado como material probatorio del correcto cumplimiento de las previsiones normativas, por parte del profesional sanitario. Un ejemplo de la instrumentalización del consentimiento informado como elemento defensivo del profesional podría ser acudir en todo caso a la forma escrita, pues, tal y como señala la profesora SÁNCHEZ GÓMEZ, aunque el modo de dar la información, como veremos, es fundamentalmente verbal, cada vez es más frecuente que se acuda a la forma escrita como forma de creación de elementos probatorios¹⁶⁶. En mi prudente opinión, esta realidad resaltada por la citada autora, muestra una de las prácticas incluidas en la medicina defensiva.

Sin embargo, fuera de esas actuaciones que escapan del objeto principal de nuestro estudio, en realidad el derecho a ser informado del paciente o cliente es el contrapunto del deber a informar del médico¹⁶⁷. Así, parece claro para GALÁN

¹⁶⁶ "El sistema sanitario ha optado por facilitar por escrito información de manera habitual, en cuyo caso tiene un mero valor <<ad probationem>>, pretende garantizar la constancia del consentimiento y de las condiciones en que se ha prestado" SÁNCHEZ GÓMEZ, Amelia, "La información al paciente y el consentimiento informado en el Derecho español. Referencia legal y jurisprudencial y mala praxis" en TOMILLO URBINA, Jorge, y CAYÓN DE LAS CUEVAS, Joaquín, (dirs.) *Derecho y Salud como Realidades Interactivas*. Ed. Thomson Reuters - Aranzadi. 2015. Cizur Menor. Pág. 93.

¹⁶⁷ Señala GALÁN CORTÉS que "dada la naturaleza personalísima del bien jurídico en juego, del que sólo el paciente es su titular, resulta evidente que es el propio paciente o usuario de los servicios sanitarios quien ostenta el derecho y quien debe consentir la actuación o intervención médica, siempre y

CORTÉS que estamos dentro de un *derecho personalísimo* de los usuarios de los servicios sanitarios, afirmación que suscribimos, sin lugar a dudas.

En los siguientes apartados del presente capítulo veremos las posibles excepciones a esta característica del consentimiento informado, o la posibilidad de que un tercero consienta tratamientos para un paciente, además de concretar los aspectos inherentes al consentimiento informado en la actualidad, pero antes veamos escuetamente la evolución histórica de la figura, que nos servirá para entender el auge de la misma, y el espectacular valor que en la actualidad tiene.

El *consentimiento informado* surge en España - legislativamente hablando - en los años setenta del siglo XX¹⁶⁸, y de manera parcial o muy sesgada, lo encontramos en la Orden de 7 de julio de 1972¹⁶⁹ por la que se aprueba el Reglamento General para el Régimen, Gobierno y Servicio de las Instituciones Sanitarias de la Seguridad Social. En virtud de esta orden de 1972, los pacientes o enfermos asistidos por la Seguridad Social tenían el derecho a autorizar las intervenciones quirúrgicas o actuaciones terapéuticas, bien directamente, bien a través de sus familiares o allegados, siempre que esas intervenciones tuvieran un riesgo notorio. Asimismo, esa Orden consagraba el derecho a conocer el propio estado de salud. Se observará al comparar estos derechos de información “parciales” con los actuales, que en este momento inicial no estamos verdaderamente ante un consentimiento informado que se base en la protección de la autodeterminación de los pacientes y usuarios de servicios sanitarios. Señala SURCH

cuando su capacidad natural de juicio y discernimiento se lo permita”. GALÁN CORTÉS, Julio César, *El Consentimiento Informado del usuario de los Servicios Sanitarios*. Ed. Colex. Madrid. 1997. Pág. 33.

¹⁶⁸ Como curiosidad, podemos señalar tal y como también hace GALÁN CORTÉS que existe jurisprudencia del Tribunal Supremo de finales de los años 50 y en vía penal, que habla sobre la necesidad de “*contar con la autorización expresa de la persona afectada*” antes de que se practicara a la misma una amputación que le afectaría de por vida y que no parecía ser urgente. Nos referimos concretamente a la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, de 10 de marzo de 1959. Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi. Año 1959. Tomo XXVI. Volumen I RJ 831. Ponente D. Francisco Díaz Plá. Páginas 489 a 490. En el caso que se enjuicia en la Sentencia, un profesional médico, en el transcurso de una intervención quirúrgica para tratar una hernia inguinal, consideró que el paciente estaba afectado por un sarcoma de pene y, sin realizar ninguna prueba, ni esperar a contar con la referida “*autorización expresa de la persona afectada*” decidió amputarle el miembro, circunstancia que el Tribunal consideró motivo suficiente para estimar la existencia del delito de imprudencia temeraria. GALÁN CORTÉS considera la resolución referida como una de las primeras en España en el orden penal en considerar que existe negligencia médica al actuarse sin suficiente consentimiento informado. GALÁN CORTÉS, Julio César, *Responsabilidad civil médica*. Ed. Thomson Reuters - Civitas. 5ª edición. 2016. Cizur Menor. Pág. 723.

¹⁶⁹ Orden de 7 de Julio de 1972 por la que se aprueba el Reglamento General para el Régimen, Gobierno y Servicio de las Instituciones Sanitarias de la Seguridad Social (BOE núm. 172 del 19 de Julio de 1972).

MARTÍNEZ que la referida Orden de 1972, vigente a día de hoy pese a ser preconstitucional, fue también la introductora del *Principio General de Confidencialidad en la Asistencia Sanitaria*, esto es, la antesala al secreto profesional médico que fue cristalizado posteriormente¹⁷⁰.

Con posterioridad fue promulgado el Real Decreto 2082/1978, de 25 de Agosto de 1978, por el que se aprueban las normas provisionales de gobierno y administración de los servicios hospitalarios y las garantías de los usuarios¹⁷¹, que recoge, por primera vez en nuestro ordenamiento, el derecho de los pacientes a que la información que les faciliten les resulte inteligible y sea completa. Se establecía que esa información al respecto del estado clínico del paciente fuese “*en términos usuales y comprensibles*”. Esto, aunque también supone una concreción de lo que posteriormente se configurará como consentimiento informado, no es más que un avance parcial, que no prohibía que el médico decidiera no informar, o lo que es lo mismo, el avance no obligaba al médico a informar, ni establecía ningún tipo de sanción para el caso de que no se informara.

En el año 1984, el INSALUD publicaba un *Plan de Humanización de la Asistencia Sanitaria*¹⁷², cuya mayor novedad era que se establecía una Carta de Derechos y Deberes del paciente, que funcionó como guía hasta la aprobación, dos años después de la Ley General de Sanidad. Pero para el caso que nos ocupa, esto es, para el consentimiento informado, el Plan de humanización recoge, en su apartado *III. <<Carta de Derechos y Deberes del paciente>>*, como Derecho 4º el siguiente:

"El paciente tiene derecho a recibir información completa y continuada, verbal y escrita, de todo lo relativo a su proceso, incluyendo diagnóstico, alternativas de tratamiento y sus riesgos y pronósticos, que será facilitada en un lenguaje comprensible. En caso de que el paciente no quiera o no pueda manifiestamente recibir

¹⁷⁰ SURCH MARTÍNEZ, Javier, "El Secreto Médico" en CAMAS JIMENA, Manuel (Coord.), Responsabilidad Médica. Ed. Tirant lo Blanch. 2013.Valencia. Pág. 240

¹⁷¹ Real Decreto 2082/1978, de 25 de Agosto de 1978, por el que se aprueban las normas provisionales de gobierno y administración de los servicios hospitalarios y las garantías de los usuarios (BOE núm. 209 de 1 de Septiembre de 1978).

¹⁷² GUTIERREZ MARTÍ, Ricard (dir.), *Plan de Humanización de la Asistencia Hospitalaria*. Ed. Servicio de Publicaciones del Ministerio de Sanidad y Consumo. 1984. Madrid. Desde febrero de 2016 disponible en formato digital:

http://www.ingesa.msssi.gob.es/estadEstudios/documPublica/internet/pdf/Plan_Humanizacion_AsistHospit.pdf

dicha información, ésta deberá proporcionarse a los familiares o personas legalmente responsables"¹⁷³.

Siguiendo las previsiones del Plan de Humanización de 1984, fue la Ley General de Sanidad del año 1986¹⁷⁴ la que consagró, por primera vez en una norma jurídica, y en la redacción primigenia de su artículo décimo, una serie de derechos de los *usuarios* de servicios sanitarios, que incluía de una forma más similar a la previsión actual, la idea de que el paciente debía otorgar el consentimiento informado¹⁷⁵ para las actuaciones médicas que se le practicaran.

La redacción de todo el artículo décimo de la Ley General de Sanidad del año 1986, supuso un cambio de perspectiva en cuanto al consentimiento informado se refiere, pese a ser en ese momento aún algo sutil o menos avanzado de lo que se preveía en otros Estados en esos tiempos. La doctrina y la jurisprudencia interpretaron la norma como *una ruptura del sistema paternalista*. Sistema en el que el médico dirigía casi de espaldas al usuario, las actuaciones que debía realizar, y donde era el profesional mismo quien seleccionaba las *praxis*, por creerlas más adecuadas, sin el deber de solicitar consentimiento para esas prácticas, y casi sin tener que informar al respecto de ellas. La ley configuró un pre-régimen, que más adelante ha acabado concretándose en el consentimiento informado con autodeterminación del usuario de servicios médicos – sea paciente o cliente –, estadio en el que actualmente nos hallamos.

El nuevo régimen *no-paternalista* se consolidó con la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica¹⁷⁶. Ley que supuso la actualización

¹⁷³ *Cit supra*. Pág. 24.

¹⁷⁴ Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad (BOE núm. 102, de 29 de abril de 1986).

¹⁷⁵ Se recogía en el apartado 1.2 del artículo 10 [Todos tienen los siguientes derechos con respecto a las distintas administraciones públicas sanitarias] “A la información sobre los servicios sanitarios a que puede acceder y sobre los requisitos necesarios para su uso” y en el mismo artículo 10.1, esta vez en el apartado 4º “A ser advertido de si los procedimientos de pronóstico, diagnóstico y terapéuticos que se le apliquen pueden ser utilizados en función de un proyecto docente o de investigación, que, en ningún caso, podrá comportar peligro adicional para su salud. En todo caso será imprescindible la previa autorización, y por escrito, del paciente y la aceptación por parte del médico y de la Dirección del correspondiente Centro Sanitario”. Por último, el apartado 5º del mismo artículo 10.1 recogía “A que se le dé en términos comprensibles, a él y a sus familiares o allegados, información completa y continuada, verbal y escrita, sobre su proceso, incluyendo diagnóstico, pronóstico y alternativas de tratamiento”.

¹⁷⁶ Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica (BOE núm. 274, de 15 de noviembre de 2002).

definitiva, hasta el momento, del régimen hacia la confluencia de consentimiento informado con la autodeterminación, pues aun existían resquicios de las relaciones paternalistas entre médico y usuario.

El sistema de *consentimiento informado* que hemos observado como *derecho-deber* supone quebrar con el referido estadio anterior o *etapa paternalista*, donde las partes de la relación médica se regían por la voluntad y los conocimientos del profesional, quien seleccionaba lo que consideraba mejor para su paciente – y para su cliente – sin tener que dar mayores explicaciones. PELAYO GONZÁLEZ-TORRE realiza una definición muy pedagógica del estadio paternalista previo al actual, señalando que en aquel momento el médico era el protagonista de la toma de decisiones en la salud de su paciente y actuaba basándose en el *principio de beneficencia*¹⁷⁷.

El *principio de beneficencia* relaciona a los profesionales sanitarios con su juramento hipocrático, dado que en él se encuentra el deber de los profesionales médicos de hacer el bien a sus pacientes. Se trata de un principio moral que se traduce en actuar bien, hacer lo posible por causar el bien. Personalmente consideramos que *hacer el bien* significa "hacer lo humanamente posible para lograr la sanación". Sea como fuere, se trata de un deber que, dentro del sistema paternalista – estadio previo al actual –, permitía a los doctores actuar sin observar la voluntad de los pacientes.

Sin embargo, ahora que ya no rige este sistema paternalista y que nos hallamos dentro de un estadio de autodeterminación de los pacientes y usuarios, el principio de beneficencia no pierde eficacia, en el sentido de que los profesionales deben poner todos los medios de los que dispongan para causar el bien, pero no da carta blanca a los profesionales para actuar sin el consentimiento informado, sino que convive este principio con el del respeto a la autodeterminación de los pacientes. Podemos considerar que el principio de beneficencia es el que rige en las excepciones a la necesidad de recabar el señalado consentimiento, que solo es posible en casos de extrema necesidad, peligrosidad y urgencia.

¹⁷⁷ Concretamente señala el autor: “El médico, en la búsqueda de restablecer la salud del paciente, entendida de acuerdo con un modelo social predeterminado que establecía lo que resultaba adecuado en materia de salud y enfermedad, asumía entonces el protagonismo en la toma de las decisiones, y lo hacía guiado por el principio de beneficencia, anclaje tradicional de su práctica”. PELAYO GONZÁLEZ-TORRE, Ángel, *op. cit.* Pág. 39.

Antes de analizar la evolución que supone la Ley 41/2002, conocida comúnmente como ley de autonomía de la voluntad o ley de autonomía de los pacientes, cabe destacar que su antecedente normativo es el *Convenio sobre derechos humanos y biomedicina*¹⁷⁸ firmado el 4 de abril de 1997 en la ciudad de Oviedo (en adelante, Convenio de Oviedo).

En el Convenio de Oviedo se recoge literalmente en su artículo 5º, dentro del Capítulo II, rubricado como *Consentimiento*, la siguiente regla general:

“Artículo 5. Regla general: Una intervención en el ámbito de la sanidad sólo podrá efectuarse después de que la persona afectada haya dado su libre e informado consentimiento. Dicha persona deberá recibir previamente una información adecuada acerca de la finalidad y la naturaleza de la intervención, así como sobre sus riesgos y consecuencias. En cualquier momento la persona afectada podrá retirar libremente su consentimiento”.

Este artículo recoge claramente los elementos esenciales del concepto de consentimiento informado, que vale la pena dejar señalados, para su posterior análisis:

- *Cualquier intervención en el ámbito de la medicina deberá contar con el necesario consentimiento.*
- *El consentimiento deberá ser libre e informado.*
- *Para ello, deberá recibirse una información adecuada acerca de la finalidad y la naturaleza de la intervención, de sus riesgos y consecuencias.*
- *El consentimiento informado podrá ser retirado por la persona afectada en cualquier momento.*

Cabe destacar que el Convenio de Oviedo habla, como puede observarse, de persona y no de paciente, por lo que consideramos que es indiscutible la inclusión también de aquellas intervenciones voluntarias, sobre las que versa el objeto de nuestro estudio¹⁷⁹; además, se exige el consentimiento informado como paso previo a la

¹⁷⁸ *Convenio para la protección de los Derechos Humanos y la Dignidad del Ser Humano con respecto a las aplicaciones de la Biología y la Medicina*, también conocido como *Convenio de Oviedo* firmado el 4 de abril de 1997. (Ratificado por España mediante publicación en el BOE núm. 251 de 20 de octubre de 1999).

¹⁷⁹ Podemos observar como el Convenio Internacional que se celebró en el año 1997 en España, y que fue ratificado por España en el año 1999 es más claro y moderno, en lo que al uso de la terminología se refiere, que el resto de normativa nacional y que la jurisprudencia de los aplicadores del derecho, que años después de que se ratificara el Convenio de Oviedo en España, siguen haciendo un uso demasiado amplio del concepto "paciente" (*vid.* Capítulo I, apartado 2º).

realización de cualquier intervención de carácter médico. Esto engloba claramente los actos médicos de satisfacción, también los que tengan finalidad estética. Consideramos que esto es fruto de la idea de universalidad e internacionalidad del Convenio de Oviedo, que surgió con vocación de llegar a ser efectivo en muchos países.

Fruto de las novedades que incluyó dicho Convenio, ratificado por España en el año 2000, surgió la imperiosa necesidad de, como mínimo, *actualizar* la legislación estatal al respecto, y se optó por la promulgación de la Ley 41/2002.

El objetivo de consolidar el sistema de autodeterminación de los usuarios y pacientes rompe, con un largo espacio temporal de medicina paternalista, en este sentido se decanta PALOMARES BAYO al decir que en la segunda mitad del siglo XX, con los cambios que se han reseñado se rompió con veinticinco siglos de *tradición hipocrática*¹⁸⁰. Dado que el abandono del *principio de beneficencia*, o al menos de aquella faceta del mismo que supone no contar con la opinión del afectado, que regía las relaciones entre médico y usuario, y su progresiva sustitución por el *principio de autonomía*, supone una modificación sustancial del marco relacional, jurídico y social.

El *principio de autonomía* contrariamente al *principio de beneficencia*, se centra en la libertad del individuo¹⁸¹. El consentimiento informado se transforma y pasa a configurarse como método de salvaguarda de la autonomía de los pacientes, como forma de asegurar la voluntad del paciente o usuario de servicios sanitarios, y por ello es más relevante cuanto más se avanza hacia un momento de autonomía y autodeterminación.

El consentimiento informado había sido desconocido por la tradición médica hasta que se inició, en la mitad del siglo XX, el cambio de corriente, primero en los países de tradición anglosajona y, posteriormente, en todos los países occidentales. Como señala MCLEAN “*El consentimiento informado ha sido un axioma surgido con posterioridad a la Segunda Guerra Mundial, la investigación y la práctica clínica, a*

¹⁸⁰ PALOMARES BAYO, Magdalena, y LÓPEZ Y GARCÍA DE LA SERRANA, Javier (Coords.), *El Consentimiento Informado en la Práctica Médica y el Testamento Vital: Análisis de la legislación europea, nacional y autonómica, Estudio de su evolución jurisprudencial*. Ed. Comares. 2002. Granada. Pág. 4.

¹⁸¹ Señala PALOMARES (et au): “*que todo ser humano debe ser considerado como un sujeto autónomo y libre, imponiéndose el respeto a la dignidad de la persona y a su autodeterminación. Por ello, deben respetarse las decisiones de un paciente, capaz, competente y adecuadamente informado, sobre su tratamiento médico*”. PALOMARES BAYO, Magdalena, (et au), *Cit supra*. Pág. 5.

raíz de la promulgación del Código de Núremberg, como resultado de los crímenes en ensayos durante la guerra nazi, en 1947”¹⁸².

Tras los cambios que favoreció el Convenio citado, se puede decir que se pasa de paternalismo a autodeterminación. Sin embargo, en aquél momento incipiente y, todavía muy tendente al paternalismo, se comenzó a considerar que los clientes de los profesionales médicos tenían un mayor derecho a recibir información y a consentir las intervenciones que contrataban, dado que acudían voluntariamente al médico. Por lo que surge una idea, que continúa a día de hoy en cierto modo vigente y que será objeto de posterior análisis y que podemos, por ahora definir como lo que sigue: el nivel de información debe ser más exhaustivo para los sujetos *no enfermos*¹⁸³.

Son causas de la preexistencia y supervivencia del paternalismo, entre otras: el estado evolutivo y tecnológico de las sociedades – y de la medicina –, la influencia de la religión, el contexto económico y la implantación del individualismo. Ahora bien, aunque haya tardado en configurarse, se observará como a día de hoy, rige en nuestro entorno cultural el principio de autodeterminación de los pacientes y usuarios de servicios médicos, lo que ha supuesto un giro en cuanto a la relación existente entre estas figuras y también la *configuración de un nuevo régimen de responsabilidad*, para el que debe observarse la correcta utilización del consentimiento informado.

1.1. El consentimiento informado como derecho fundamental

El consentimiento informado se considera por una parte muy relevante de la doctrina y por la jurisprudencia como estrechamente vinculado a varios de los Derechos Fundamentales reconocidos por nuestra Constitución. Como acertadamente señala HERNÁNDEZ RAMOS una actuación sin consentimiento informado puede significar

¹⁸² MCLEAN, Sheila A. M., *Autonomy, Consent and the Law*. Col. Biomedical law and Ethics library. Ed. Routledge-Cavendish. Oxon and New York 2010. TRADUCCIÓN PROPIA DEL FRAGMENTO: “*Informed consent has been an axiom of post-World War II clinical research and practice, following the promulgation of the Nuremberg Code which resulted from the Nazi war crimes trials in 1947*”.

¹⁸³ Sobre esto, si observamos el día a día de la práctica clínica, vemos como en múltiples ocasiones, ante enfermedades graves, estados terminales o personas de avanzada edad, se acude a una información menos extensa o, pese a que sean personas plenamente capaces, se acude a una información y consentimiento informado prestado por representación, cuestión que, bien pensado, puede suponer una vulneración que socialmente se realiza (por evitar tristeza o daños psicológicos a personas gravemente enfermas) pero que cuenta con una extendida aceptación.

una vulneración de la integridad de la persona¹⁸⁴. En este sentido el autor señala la STEDH, de 29 de abril de 2002, en el caso *Pretty contra el Reino Unido*¹⁸⁵, que en su párrafo 63 establece precisamente que imponer un tratamiento médico afecta a los derechos protegidos por el Convenio Europeo de los Derechos Humanos de 1950¹⁸⁶.

Según la argumentación del autor antes citado y de la referida STEDH del año 2002, el fundamento del consentimiento informado o "*el interés que se intenta proteger con ello, es la protección de la integridad física y moral de toda persona*"¹⁸⁷, que es el Derecho Fundamental que se establece en el artículo 15 de la Constitución Española¹⁸⁸.

Esta argumentación nos lleva a defender que la integridad física y moral de las personas no podrán ser vulneradas por la actuación de un profesional sanitario, y el consentimiento informado sirve como instrumento que lo evita. Los profesionales que actúan con el preceptivo consentimiento informado no estarán atentando a la integridad física y moral, por ser consentidos, sino al contrario, las intervenciones sin consentimiento podrían considerarse como lesivas a la integridad física y moral del individuo.

El citado autor, HERNÁNDEZ RAMOS, señala como jurisprudencia relevante del Tribunal Constitucional al respecto de la relación entre el consentimiento informado

¹⁸⁴ "La imposición de un tratamiento médico sin ese consentimiento, si el paciente es adulto y sano mentalmente, supone un ataque a la integridad física del interesado". HERNÁNDEZ RAMOS, Mario, "El consentimiento informado y el Derecho Fundamental a la Integridad Física y Moral" en SANZ MULAS, Nieves (coord.) *Relevancia jurídica del consentimiento informado en la práctica sanitaria: responsabilidades civiles y penales*. Ed. Comares. 2012. Granada. Pág. 1.

¹⁸⁵ Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Sección 4ª, de 29 de abril de 2002. Asunto: Caso *Pretty contra el Reino Unido*. Ref. TEDH 2002\23. Cuyo supuesto de hecho se centró en el caso de Diane Pretty una enferma terminal de ELA (esclerosis lateral amiotrófica) que intentaba que la justicia Británica y posteriormente el TEDH reconocieran la existencia de una discriminación entre las personas que eran capaces de suicidarse (y no ser procesadas por la norma británica) y aquellas que necesitaban recurrir a asistencia para morir, dado que ella no podía acabar con su propia vida, y la persona que le ayudara a morir, sería procesada por un delito de homicidio. El TEDH se negó a reconocer que el Derecho a la no discriminación abarcara la situación de permitir un suicidio en igualdad de condiciones.

¹⁸⁶ Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950. (Instrumento de Ratificación Española del Convenio publicado en el BOE núm. 243, de 10 de octubre de 1979).

¹⁸⁷ HERNÁNDEZ RAMOS, Mario, *op. cit.* Pág. 2.

¹⁸⁸ Art. 15: "*Todos tienen derecho a la vida y a la integridad física y moral, sin que, en ningún caso, puedan ser sometidos a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes. Queda abolida la pena de muerte, salvo lo que puedan disponer las leyes penales militares para tiempos de guerra*".

y el derecho fundamental a la integridad física y moral, la Sentencia núm. 120/1990¹⁸⁹, que en su fundamento jurídico octavo señala que:

"Este mismo precepto constitucional [se refiere al artículo 15 CE] garantiza el derecho a la integridad física y moral, mediante el cual se protege la inviolabilidad de la persona, no sólo contra ataques dirigidos a lesionar su cuerpo o espíritu, sino también contra toda clase de intervención en esos bienes que carezca del consentimiento de su titular.

*Por ello, este derecho constitucional resultará afectado cuando se imponga a una persona asistencia médica en contra de su voluntad, que puede venir determinada por los demás variados móviles y no sólo por el de morir y, por consiguiente, esa asistencia médica coactiva constituirá limitación vulneradora del derecho fundamental, a no ser que tenga justificación constitucional"*¹⁹⁰.

El Tribunal Constitucional ha tenido ocasión, relativamente reciente, de profundizar más sobre la relación entre el derecho fundamental a la integridad física y moral y su relación con el consentimiento informado en la Sentencia núm. 37/2011¹⁹¹, en la que, siguiendo con la línea argumental de la STC 120/1990, se da un paso más y se establece que:

"El derecho del art. 15 CE protege, según doctrina reiterada de este Tribunal (...), «la inviolabilidad de la persona, no sólo contra ataques dirigidos a lesionar su cuerpo o espíritu, sino también contra toda clase de intervención en esos bienes que carezca del consentimiento de su titular». De ahí que para poder apreciar la vulneración del art. 15 CE no sea preciso que la lesión de la integridad se haya consumado, sino que basta con que exista un riesgo relevante de que la lesión pueda llegar a producirse (...). Además de ello, hemos afirmado que el derecho a que no se dañe o perjudique la salud personal queda también comprendido en el derecho a la integridad personal (...), aunque no todo supuesto de riesgo o daño para la salud implique una vulneración del derecho fundamental, sino tan sólo aquel que genere un peligro grave y cierto para la misma (...).

Este derecho fundamental conlleva una facultad negativa, que implica la imposición de un deber de abstención de actuaciones médicas salvo que se encuentren constitucionalmente justificadas, y, asimismo, una facultad de oposición a la asistencia médica, en ejercicio de un derecho de autodeterminación que tiene por objeto el propio

¹⁸⁹ Sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional, núm. 120/1990, de 27 de junio de 1990. RTC 1990\120. Ponentes D. Fernando García-Mon González-Regueras; D. Eugenio Díaz Eimil y D. Vicente Gimeno Sendra.

¹⁹⁰ El subrayado es propio para resaltar la idea.

¹⁹¹ Sentencia del Tribunal Constitucional, núm. 37/2011, de 28 de marzo. RTC 2011\37. Ponente D^a Elisa Pérez Vera.

sustrato corporal, como distinto del derecho a la salud o a la vida (...). Por esa razón, hemos afirmado que el derecho a la integridad física y moral resultará afectado cuando se imponga a una persona asistencia médica en contra de su voluntad, que puede venir determinada por los más variados móviles y no sólo por el de morir y, por consiguiente, esa asistencia médica coactiva constituirá limitación vulneradora del derecho fundamental a la integridad física, a no ser que, como hemos señalado, tenga una justificación constitucional (...)"¹⁹².

Observamos como el Alto Tribunal, en la presente Sentencia considera que, no es necesaria la existencia de un daño real y cierto (*no sea preciso que la lesión a la integridad se haya consumado*), sino que se compromete el derecho fundamental a la integridad física y moral de la persona cuando se actúa sin su consentimiento. Coincidimos con la idea de DÍAZ MARTÍNEZ, al observar que en esta sentencia el ámbito constitucionalmente protegido incluye no solo los ataques directos contra su integridad, sino las actuaciones que no respeten su autodeterminación¹⁹³.

Así, tal y como también señala MAGDALENO ALEGRÍA, se pasó a configurar el derecho fundamental a la integridad física como dual, en el plano externo, es el que protege frente a ataques al físico o a la espiritualidad de la persona y en el segundo plano se "*tutela la autodeterminación del propio sustrato corporal*"¹⁹⁴. Consideramos que esta idea del Tribunal Constitucional es fundamental para poder entender que el consentimiento informado es un derecho fundamental o, cuando menos, la manifestación del derecho fundamental a la integridad física.

¹⁹² Fundamento jurídico 3º, los subrayados del acotado son propios.

¹⁹³ Señala literalmente la autora: "*el ámbito constitucionalmente garantizado del derecho a la integridad física y moral viene conformado, según estas sentencias citadas y muchas otras, por la <<inviolabilidad de la persona, no solo contra ataques dirigidos a lesionar su cuerpo o espíritu, sino también contra toda clase de intervención en esos bienes que carezca del consentimiento de su titular>>, ya sea consumada la lesión, ya sea mediante la creación de un riesgo grave*". DÍAZ MARTÍNEZ, Ana, "El consentimiento informado como garantía del derecho fundamental a la integridad física y moral" en *Revista Doctrinal Aranzadi Civil - Mercantil*. Núm. 5/2011. Comentario. Ed. Aranzadi. 2011. Cizur Menor. Págs. 25 a 35.

¹⁹⁴ MAGDALENO ALEGRÍA, Antonio, "Algunas consideraciones constitucionales en torno a la autonomía del paciente. Sobre la necesidad de adaptar el ordenamiento jurídico español a las garantías de los derechos fundamentales" en ARCOS VIEIRA, Mª Luisa (dir.), *Autonomía del paciente e intereses de terceros: límites*. Ed. Thomson Reuters - Aranzadi. 2016. Cizur Menor. Págs. 309 a 341. (La cita literal se extrae de la página 316).

En la STC núm. 37/2011, se considera que el consentimiento informado es una manifestación del derecho fundamental a la integridad física de las personas y se expone que ese derecho fundamental nace aunque no exista enfermedad¹⁹⁵.

Es muy relevante señalar que pocos meses después de la Sentencia del Tribunal Constitucional analizada previamente fue dictada la STS, de 13 de mayo de 2011¹⁹⁶, que establece al respecto de la información que forma parte del consentimiento informado que es un elemento esencial de la *lex artis* y un mecanismo que protege la autodeterminación de los pacientes y, haciéndose eco de la STC 37/2011, también le proporciona al consentimiento informado un rango de derecho fundamental¹⁹⁷.

Como se observará en apartados siguientes, en mi opinión, formada a raíz del estudio de la jurisprudencia analizada en el presente apartado y de la doctrina que la interpreta, existen ciertos casos en que actuar sin consentimiento informado podría considerarse como un daño *per se*, pues se afecta a la autodeterminación del paciente, que como veremos a continuación, es un derecho recogido en nuestro Ordenamiento

¹⁹⁵ Señala expresamente el Fundamento de Derecho Quinto: *"de acuerdo con lo expuesto, podemos avanzar que el consentimiento del paciente a cualquier intervención sobre su persona es algo inherente, entre otros, a su derecho fundamental a la integridad física, a la facultad que éste supone de impedir toda intervención no consentida sobre el propio cuerpo, que no puede verse limitada de manera injustificada como consecuencia de una situación de enfermedad. Se trata de una facultad de autodeterminación que legitima al paciente, en uso de su autonomía de la voluntad, para decidir libremente sobre las medidas terapéuticas y tratamientos que puedan afectar a su integridad, escogiendo entre las distintas posibilidades, consintiendo su práctica o rechazándolas"*. (El subrayado es propio).

¹⁹⁶ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 13 de mayo. Ponente D. José Antonio Seijas Quintana. RJ\2011\3279.

¹⁹⁷ En el Fundamento de Derecho Segundo de la Sentencia es donde encontramos este razonamiento, cuando el Sumo Tribunal indica: *"esta información que se proporciona al paciente antes de la intervención, y el correlativo consentimiento por parte de este es, por tanto, un presupuesto y elemento esencial de la lex artis para llevar a cabo la actividad médica. Como tal, debe hacerse efectiva con tiempo y dedicación suficiente para que el paciente pueda adoptar la solución que más interesa a su salud (...). Se trata, como dice la STC 28 de marzo 2011 (RTC 2011, 37), de "un procedimiento o mecanismo de garantía para la efectividad del principio de la autonomía de la voluntad del paciente y, por tanto, de los preceptos constitucionales que reconocen derechos fundamentales que pueden resultar concernidos por las actuaciones médicas, y, señaladamente, una consecuencia implícita y obligada de la garantía del derecho a la integridad física y moral, alcanzando así una relevancia constitucional que determina que su omisión o defectuosa realización puedan suponer una lesión del propio derecho fundamental (...)"*. La falta de información configura en este caso un daño moral grave, al margen de la corrección con que se llevó a cabo la intervención, puesto que ningún daño corporal se produjo, según los hechos probados de la sentencia. Un daño que fundamenta la responsabilidad por lesión del derecho de autonomía del paciente respecto de los bienes básicos de su persona, como presupuesto esencial para poder decidir libremente sobre la solución más conveniente a su salud, a su integridad física y psíquica y a su dignidad". (Subrayado del acotado propio, para remarcar la idea de daño derivado del defecto de información).

Jurídico. Sin embargo, hay otro sector doctrinal que considera que el consentimiento informado no es un derecho fundamental, sino que sería un "*instituto con relevancia constitucional*" pero que en realidad ni siquiera es un derecho¹⁹⁸.

Como observamos, esta corriente considera más acertado tratar el consentimiento informado como un *instrumento* en vez de como un derecho fundamental o como su manifestación. Ciertamente creemos que para ser un derecho fundamental deberían cumplirse requisitos también de carácter formal, sin embargo, la propia jurisprudencia del TC considera que el consentimiento informado es un derecho fundamental, aunque más bien parece que en realidad quiera decir que, es una manifestación de la existencia de ese derecho fundamental al respeto a la integridad física y moral, y en nuestra opinión, también debería formar parte del derecho fundamental a la libertad, por su estrecha vinculación con la autodeterminación de los sujetos, pero no como derecho, sino como instrumento para proteger ese derecho.

Así, nos situamos un tanto lejos de esta postura doctrinal que no cree que el consentimiento informado sea un derecho, pues en nuestra opinión el consentimiento informado sí que está configurado como un derecho para el paciente y para el cliente de los actos médicos del tipo que sean, más aún desde la aprobación del Convenio de Oviedo y de la Ley 41/2002 y, además, consideramos que, si bien puede no ser un derecho fundamental en sí mismo, sí que debemos considerarlo como la manifestación de varios derechos fundamentales.

Sentado lo anterior, queda más que patente que relacionamos la autodeterminación de pacientes y usuarios de los servicios médicos con el derecho fundamental a la integridad física y moral. Y además, hay autores, como CAMPO IZQUIERDO que consideran que, también el consentimiento informado está

¹⁹⁸ A modo de ejemplo de este sector doctrinal dejamos designada la opinión de BLANCO PÉREZ-RUBIO, que establece: "*pensamos que es un instituto con relevancia constitucional, un instrumento, un procedimiento creado para asegurar los derechos fundamentales del paciente, haciendo que quede constancia cierta, no solo del conocimiento y de la aceptación de un tratamiento que afecta a su esfera más íntima, a sus más elementales derechos, sino también a su libertad de elección, por eso el consentimiento informado debiera estar protegido como si fuera un derecho fundamental, pero no lo es, ya que en sí mismo no es un derecho, sino un mecanismo jurídico de aseguramiento que hace plenamente normativos los derechos el paciente*". BLANCO PÉREZ-RUBIO, Lourdes, "El consentimiento informado como elemento esencial de la *lex artis*" en *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*. Núm. 2/2014. Volumen 2. Ed. Aranzadi. 2014. Cizur Menor. Págs. 89 a 122.

estrechamente vinculado con otros derechos fundamentales, como el derecho a la vida, a la dignidad, a la libertad de conciencia y a la libertad individual¹⁹⁹.

Al respecto de lo expuesto, es fácil observar que coincidimos con la idea del Magistrado Juez Sr. Campo Izquierdo. Personalmente considero que sería extraño que este derecho del paciente y del cliente pudiera formar parte del núcleo del derecho fundamental a la integridad física y moral y, a su vez, no formara parte del derecho a la libertad de conciencia e individual, a la dignidad de las personas y al propio derecho a la vida, pues se trata, como exponremos a continuación, de un mecanismo de expresión de la voluntad muy ligado a la propia libertad, por eso se habla de autodeterminación, y puede llegar a afectar, aunque no en el tipo de medicina sobre el que versa nuestro estudio, a la propia vida de los sujetos.

1.2. El consentimiento informado como elemento del contrato

Como se observa, el Capítulo dedicado al consentimiento informado, se ubica dentro de la primera parte de la investigación, que versa sobre el contrato por el que se celebran los actos médicos de satisfacción con finalidad estética. Es por ese motivo, que consideramos oportuno analizar el Consentimiento Informado en vinculación con el Contrato que surge entre el "*paciente-cliente*" y el profesional médico (o el centro médico-estético).

Existen autores como SÁNCHEZ GÓMEZ, que ya hace bastantes años analizaron aspectos del consentimiento informado dentro de la relación contractual entre el profesional y el paciente, especialmente dentro del ámbito de la medicina curativa²⁰⁰. Es significativo observar como para la citada profesora fruto de la necesidad existente cuando se acude al médico, surge la obligación del mismo de ofrecer toda la información disponible sobre la enfermedad, los tratamientos y las actuaciones previstas pues, aunque en ese momento el contrato de prestación de asistencia médica sea vago e

¹⁹⁹ Establece el autor: "*el derecho a ser informado, para poder dar un consentimiento válido, entra dentro del núcleo de los derechos fundamentales de la persona, ligados a la dignidad, a la vida, a la integridad física, a la libertad de conciencia y a la libertad individual*". CAMPO IZQUIERDO, Ángel Luis, "El Consentimiento Informado" en *Actualidad Civil*, Sección a Fondo. Ed. La Ley, Nº 12, Quincena del 16 al 30 de junio. Tomo 1. Año 2012. Madrid. Id. La Ley 6098/2012. Pág. 1333 y ss.

²⁰⁰ Vid. SÁNCHEZ GÓMEZ, Amelia, *Contrato de servicios médicos y contrato de servicios hospitalarios*. Ed. Tecnos. 1998. Madrid. Págs. 54, 55 y siguientes.

impreciso, en cuanto a la determinación exacta del objeto, ya existe un marco contractual.

En nuestro caso, al ser el contrato que se celebra entre las partes un contrato donde el objeto no es curar una enfermedad que aún incluso puede estar por diagnosticar en los casos que aludía la profesora SÁNCHEZ, sino que se trata de alterar un aspecto físico o anatómico con el objetivo de variarlo o embellecerlo, puede que sea más sencillo determinar los elementos esenciales del contrato, que serán analizados en el Capítulo III de la presente investigación. Pero ello no resta valor a la posición del consentimiento informado dentro del contrato, sino el mismo seguirá siendo un elemento esencial de la relación médico - interesado.

Partiendo de la idea expuesta, RUBIO TORRANO indica que es sencillo observar como el "*incumplimiento total o parcial de tales deberes* [informar y recabar el consentimiento por parte del profesional] *constituye una incorrección en la prestación del servicio sanitario por la que, en principio, se debe responder*"²⁰¹.

Estas opiniones vinculan la relación contractual con el respeto de la *lex artis*, añadiendo al contrato que se celebra y que como relación contractual tiene sus propios elementos esenciales que existen en todos los contratos y así serán analizados en el capítulo III, como elemento obligatorio del consentimiento informado, que se ha configurado como derecho de las personas ante su salud.

Finalmente, debemos añadir que, tal y como RUBIO TORRANO ya había establecido en el año 2008²⁰², es posible que se interprete que la vulneración de las previsiones normativas sobre el consentimiento informado sea más una infracción administrativa que un hecho generador de responsabilidad civil, pues existen diferencias en la doctrina y en la jurisprudencia sobre la posibilidad de indemnizar por responsabilidad civil cuando no hay otro daño en la actuación del profesional que la mera actuación sin consentimiento informado, es decir, sobre si puede considerarse como incumplimiento contractual que debe ser resarcido o no, aspecto que se analizará a lo largo del presente capítulo, pues el objetivo del presente apartado era justificar la

²⁰¹ RUBIO TORRANO, Enrique, "Responsabilidad civil médica y falta de consentimiento informado; pérdida de oportunidad (a propósito de la STS de 16 de enero de 2012)" en *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*. Núm. 3. 2012. Vol. 2. Cizur Menor. Págs. 53 - 59.

²⁰² RUBIO TORRANO, Enrique, "Deber de información y consentimiento informado en la actividad sanitaria" en *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*. Núm. 1. 2008. Cizur Menor. Págs. 2125 - 2127.

presencia del consentimiento informado dentro de la parte del estudio que versa sobre el contrato de actos médicos de satisfacción y consideramos suficientemente expuestas las razones que hacen que así sea.

2. La Ley 41/2002 de Autonomía de la Voluntad

Como hemos anticipado, el 14 de noviembre de 2002, fue aprobada la Ley 41/2002 de autonomía del paciente y obligaciones en materia de información y documentación clínica²⁰³. Es la Ley que viene a sustituir las normas previas, en materia de consentimiento informado y documentación clínica, que ya han sido expuestas anteriormente²⁰⁴, especialmente ampliando y concretando las previsiones que la Ley General de Sanidad de 1986 ya había realizado sobre el consentimiento informado, a la luz de las cuestiones novedosas incluidas por el Convenio de Oviedo de 1997.

Se trata de una norma básica, pues es una norma de mínimos sobre la que las Comunidades Autónomas pueden concretar y ampliar las previsiones, pero es muy relevante porque establece el común denominador al respecto de la autonomía de la voluntad de los pacientes y usuarios de servicios sanitarios, y es de aplicación a la medicina pública y privada. Esta norma es fundamental en materia de consentimiento informado, y supuso un gran avance dado que varió el punto de vista desde el que está redactado el articulado respecto a ese tema. La Ley 41/2002 supone el abandono definitivo de la concepción paternalista de la medicina, que aún podía encontrar algo de protección en el tratamiento que sobre el consentimiento informado daba la Ley General de Sanidad, a una concepción radicalmente opuesta, donde se pretende garantizar en todo momento la autodeterminación de las personas frente a su propia salud.

Mientras que en la Ley General de Sanidad se hablaba de que el paciente o usuario de servicios sanitarios tenía derecho, según lo establecido en el artículo 10.1.5º, *“a que se le dé en términos comprensibles, a él y a sus familiares o allegados, información completa y continuada, verbal y escrita, sobre su proceso, incluyendo diagnóstico, pronóstico y alternativas de tratamiento”*, el texto de la ley actual da un

²⁰³ Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica (BOE núm. 274, de 15 de noviembre de 2002).

²⁰⁴ *vid.* Apartado primero del presente Capítulo.

giro más de tuerca al establecer directamente en los apartados 2 y 3 del artículo 2º que *“toda actuación en el ámbito de la sanidad requiere, con carácter general, el previo consentimiento de los pacientes o usuarios. El consentimiento, que debe obtenerse después de que el paciente reciba una información adecuada, se hará por escrito en los supuestos previstos en la Ley (apartado 2º)”* y, además, que *“el paciente o usuario tiene derecho a decidir libremente, después de recibir la información adecuada, entre las opciones clínicas disponibles (apartado 3º)”*²⁰⁵.

Así, en la actualidad debemos entender que el actuar médico *requiere* de un previo consentimiento, y por ende, el médico está obligado a obtenerlo con anterioridad a su actuación. Y añadimos además, que el médico estará obligado a mantener *vivo* el consentimiento, durante toda la relación asistencial con su paciente o cliente. Como se observará, el consentimiento no es un requisito puntual que se obtenga una vez y pueda entenderse salvado para todo el proceso, ya que el paciente o cliente puede revocar el consentimiento a lo largo de la relación en cualquier momento, por lo que el actuar médico requiere un consentimiento continuado, esto es, vivo en todo momento.

En los siguientes apartados del presente Capítulo desarrollaremos más profundamente algunas de las características que consideramos más relevantes del consentimiento informado tal y como se configura en la Ley 41/2002 y tras ello, la incidencia del mismo si se observa desde el prisma de los actos médicos que centran el objeto de nuestro estudio, especialmente con la idea de resaltar las particularidades que, en los casos de medicina voluntaria se pueden encontrar en relación con el consentimiento informado.

Sin embargo, antes de profundizar en esos aspectos, consideramos oportuno hacer un análisis escueto sobre el desarrollo que la Ley 41/2002 ha tenido en las Comunidades Autónomas de España, pues al tratarse de una ley básica, encontramos ciertas particularidades que han sido legisladas por las normas de ámbito autonómico que la han desarrollado.

²⁰⁵ Para todo el trabajo se ha contado con la versión consolidada de la Ley 41/2002, de septiembre de 2015, pues la ley ha sido parcialmente reformada en muchas ocasiones. Sin embargo, la redacción del artículo segundo no ha sufrido modificaciones.

2.1. Las leyes autonómicas de desarrollo de la Ley 41/2002

Cuando nos situamos frente a la Ley 41/2002, nos situamos como hemos referido ante una ley básica, cuyo desarrollo se dejó a las Comunidades Autónomas, una vez sentadas las bases de lo que para el Estado es lo mínimo que debemos tener en común todos los españoles. Ahora bien, y como sucede en multitud de ocasiones en nuestro Estado, las autonomías han regulado de forma bastante dispar el tema. Aspecto este²⁰⁶ que, a nuestro entender, puede llegar a provocar, no solo desigualdades entre pacientes de distintas Comunidades Autónomas, sino también una dificultad de estudio.

Aún así, el legislador ha seleccionado la técnica legislativa de ley de bases estatal más regulación autonómica en esta materia en cumplimiento de las previsiones del artículo 149.1.16º de la Constitución Española que establece "*1.El Estado tiene competencia exclusiva sobre las siguientes materias: (...) 16ª Sanidad Exterior. Bases y coordinación general de la sanidad. Legislación sobre productos farmacéuticos*".

En virtud de las normas reflejadas, y de la propia ley 41/2002, existen en España múltiples leyes de ámbito autonómico que tratan de modo diferente aspectos que resultan muy relevantes y afectan directamente al consentimiento informado pese a que, como hemos visto, nuestro ordenamiento sí ha optado por la defensa de la *autodeterminación de los pacientes y usuarios de los servicios sanitarios*. En el presente apartado se analizan las principales características de cada una de las normas autonómicas sobre autonomía de la voluntad de los pacientes, con el objetivo de señalar la existencia de peculiaridades que podrán tener influencia en los casos particulares en los que se analice un concreto consentimiento informado.

En Andalucía, los derechos de los pacientes y usuarios de servicios médicos están regulados por la Ley 2/1998, de 15 de junio, de Salud de Andalucía²⁰⁷, que ha sido modificada en múltiples ocasiones, una de ellas en el mes de octubre de 2003 para adecuarla a las previsiones de la ley 41/2002. Dicha regulación no excede demasiado de las bases estatales. Sin embargo, la mayor novedad que presenta es que fue aprobado el Decreto 49/2009²⁰⁸, que gira en torno a las operaciones de cirugía estética realizadas a

²⁰⁶ Y me refiero al desarrollo tan dispar de las autonomías y no al hecho de que la regulación sea un mínimo común.

²⁰⁷ Ley 2/1998, de 15 de junio, de Salud de Andalucía. Publicada en el BOJA núm. 74, de 4 de julio de 1998 y en el BOE núm. 185, de 4 de agosto de 1998 (versión consolidada de mayo de 2010).

²⁰⁸ Decreto 49/2009, de 3 de marzo, de protección de las personas menores de edad que se someten a

personas menores de edad²⁰⁹. Salvo el hecho de haber previsto una norma concreta para menores de edad y cirugía estética, la Comunidad de Andalucía no establece normativa distinta a la prevista en el articulado de la Ley 41/2002 en relación al consentimiento informado.

Sin embargo, en Aragón la Ley 6/2002, de 15 de abril, de Salud de Aragón²¹⁰, sí que realiza un desarrollo más específico de las previsiones de la ley 41/2002. El Título III de la Ley 6/2002 está destinado a tratar la información sobre la salud y la autonomía de los pacientes y destaca el tratamiento que se da a la información, a la confidencialidad e intimidad de los pacientes²¹¹ y a la propia figura del consentimiento informado, que se recoge en los artículos 12 a 14 de la Ley, si bien es cierto que, salvo el hecho de que están tratadas con mayor pormenorización que en la normativa estatal, el desarrollo tampoco supone una quiebra o ruptura con las bases fijadas por la Ley 41/2002.

Cantabria, por su parte, reguló la autonomía de la voluntad y el consentimiento informado también en el año 2002, mediante la Ley 7/2002, de 10 de diciembre, de Ordenación Sanitaria de Cantabria²¹², en los artículos 29 a 33, que no manifiestan nada nuevo en relación con las previsiones de la ley 41/2002.

La Comunidad Autónoma de Castilla y León aprobó la Ley 8/2003, de 8 de abril, sobre derechos y deberes de las personas en relación con la salud²¹³. Resulta relevante, solo mirando el título de la norma, el hecho de que esta Comunidad haya

intervenciones de cirugía estética en Andalucía y de creación del Registro de datos sobre intervenciones de cirugía estética realizadas a personas menores de edad en Andalucía. Publicado en el BOJA núm. 53, de 18 de marzo de 2009.

²⁰⁹ Y que será analizado en el apartado 6º del presente estudio por su singularidad.

²¹⁰ Ley 6/2002, de 15 de abril, de Salud de Aragón. Publicada en el BOE núm. 121, de 21 de mayo de 2002 (versión consolidada de abril de 2011).

²¹¹ Artículo 11 de la Ley 6/2002: *1. Toda persona tiene derecho a que se respete la confidencialidad de los datos referentes a su salud. Igualmente, tiene derecho a que nadie que no se encuentre autorizado pueda acceder a ellos si no es al amparo de la legislación vigente. 2. Toda persona tiene derecho a que se le pida su consentimiento antes de la realización y difusión de registros iconográficos. 3. Toda persona tiene derecho a preservar la intimidad del cuerpo con respecto a otras personas ajenas a los profesionales sanitarios. 4. Los centros asistenciales deben adoptar las medidas oportunas para garantizar los derechos a que se refieren los apartados anteriores y, a tal efecto, elaborarán las normas de régimen interno y los procedimientos protocolizados necesarios.*

²¹² Ley 7/2002, de 10 de diciembre, de Ordenación Sanitaria de Cantabria. Publicada en el BOE núm. 6, de 7 de enero de 2003.

²¹³ Ley 8/2003, de 8 de abril, sobre derechos y deberes de las personas en relación con la Salud. (Castilla y León). Publicada en el BOE núm. 103, de 30 de abril de 2003.

decidido, siguiendo el modelo estatal, desarrollar una ley exclusiva sobre derechos y deberes de las personas, en vez de tratar el tema circunstancialmente dentro de su norma de ordenación sanitaria, como hemos visto que han hecho Andalucía, Aragón y Cantabria. Esta norma sí ha aprovechado la oportunidad de regular aspectos que no encuentran parangón en la normativa estatal de bases, como el *derecho al acompañamiento*²¹⁴ que se reconoce para las personas enfermas durante todo su proceso asistencial, o la *necesidad terapéutica acreditada de no informar*²¹⁵ que, si bien no supone una novedad con respecto a las previsiones de la ley 41/2002, sí que resulta significativo el tratamiento que hace de la necesidad de que el profesional informe progresivamente al afectado, en atención a la evolución que vaya teniendo el tratamiento. También resulta significativo el hecho de que se indique el contenido mínimo que deberá tener una hoja de consentimiento informado, para los casos en los que se recoja por escrito²¹⁶.

En Castilla-La Mancha en un principio se recogían los derechos de los pacientes en la Ley 8/2000 de Ordenación Sanitaria²¹⁷, cuyo Título II establecía los artículos sobre los derechos de los ciudadanos en relación con la ordenación sanitaria castellano manchega y tenía previsiones muy simples y prácticamente idénticas a las de la Ley General de Sanidad. Sin embargo, en el año 2010 las Cortes de Castilla-La Mancha aprobaron la Ley 5/2010, sobre derechos y deberes en materia de salud²¹⁸, que es una norma moderna que recoge muchos elementos que quedaban pendientes como la información *no asistencial*, los principios relacionados con el respeto a la autonomía de la voluntad del paciente, sus *límites*²¹⁹, y muchas otras previsiones, por cuanto se trata de una norma muy completa.

El Parlamento de Cataluña aprobó la Ley 21/2000, sobre los derechos de información concernientes a la salud y la autonomía del paciente, y la documentación

²¹⁴ Recogido en el artículo 14 de la ley 8/2003.

²¹⁵ Recogida en el artículo 20 de la ley 8/2003.

²¹⁶ Artículo 34 de la ley 8/2003.

²¹⁷ Ley 8/2000, de 30 de noviembre, de Ordenación Sanitaria de Castilla-La Mancha. Publicada en el BOE núm. 50, de 27 de febrero de 2001.

²¹⁸ Ley 5/2010, de 24 de junio, sobre derechos y deberes en materia de salud de Castilla-La Mancha. Publicada en el BOE núm. 248, de 13 de octubre de 2010.

²¹⁹ El artículo 15 de la Ley 5/2010 establece: *El respeto a las decisiones adoptadas sobre la propia salud no podrá en ningún caso suponer la adopción de medidas contrarias al ordenamiento jurídico, a los derechos de terceras personas y a la buena práctica clínica.*

clínica²²⁰, que posteriormente fue modificada en el año 2010 para ajustar algunas previsiones del consentimiento por sustitución a la Ley 25/2010, del Libro Segundo Código Civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia²²¹. Sin embargo, las referencias al consentimiento informado (art. 6) o al derecho a la información (arts. 2 - 4), y otros muchos, permanecen inalterados desde su aprobación en el año 2000. La Ley 21/2000, no regula aspectos de forma distinta a como posteriormente fueron fijadas las bases estatales por la Ley 41/2002, considero que el motivo es que esta norma, y las otras normas autonómicas previas a la Ley 41/2002 toman como modelo el Convenio de Oviedo de 1997, que es el mismo que posteriormente se toma por el legislador estatal para elaborar la ley 41/2002.

Navarra aprobó su Ley Foral 11/2002, sobre los derechos del paciente a las voluntades anticipadas, a la información y a la documentación clínica de Navarra²²². Y posteriormente, en el año 2010 aprobó la Ley Foral 17/2010, de derechos y deberes de las personas en materia de salud en la Comunidad Foral²²³, norma que, como en el caso de la ley castellano manchega de 2010, es moderna, actual, y que prevé aspectos que no se han tratado en profundidad en la ley básica estatal, como el derecho a la intimidad, a la confidencialidad, al acompañamiento, y otros más. En el ámbito de la información y del consentimiento informado, la norma navarra de 2010 no supone una novedad rompedora, respecto de las previsiones de la ley 41/2002, pero sí que se trata de una norma muy completa sobre los derechos y deberes de las *personas* en materia de la salud.

Madrid no ha seguido el ejemplo manchego o navarro, y regula sus escuetas previsiones en la Ley 12/2001, de Ordenación Sanitaria de la Comunidad de Madrid²²⁴.

²²⁰ Ley 21/2000, de 29 de diciembre, sobre los derechos de información concernientes a la salud y la autonomía del paciente, y la documentación clínica. Publicada en el DOGC núm. 3303, de 11 de enero de 2001 y en el BOE núm. 29, de 2 de febrero de 2001 (versión consolidada de agosto de 2010).

²²¹ Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código Civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia. Publicado en el BOE núm. 203, de 21 de agosto de 2010.

²²² Ley Foral 11/2002, de 6 de mayo, sobre los derechos del paciente a las voluntades anticipadas, a la información y a la documentación clínica de Navarra. Publicada en el BON núm. 58, de 13 de mayo de 2002 y en el BOE núm. 129, de 30 de mayo de 2002.

²²³ Foral 17/2010, de 8 de noviembre, de derechos y deberes de las personas en materia de salud en la Comunidad Foral de Navarra. Publicada en el BON núm. 139, de 15 de noviembre de 2010 y en el BOE núm. 315, de 28 de diciembre de 2010.

²²⁴ Ley 12/2001, de 21 de diciembre, de Ordenación Sanitaria de la Comunidad de Madrid. Publicada en el BOCM núm. 306, de 26 de diciembre de 2001 y en BOE núm. 55 de 5 de marzo de 2002 (versión consolidada de junio de 2015).

Como dato curioso, no aparece la expresión *consentimiento informado* en la norma, sino que se hacen tres alusiones en el artículo 27 rubricado *derechos de los ciudadanos en relación con el sistema sanitario*, y en las mismas se usa simplemente el término consentimiento. La información y su contenido tampoco se desarrollan especialmente en esta norma aunque la versión consolidada de la misma data del año 2015, por cuanto las modificaciones que se han realizado a la ley desde su promulgación en 2001, no se han ocupado de alterar el referido artículo 27 que conserva su texto original. Por lo que no supone esta norma ninguna novedad en relación con las previsiones de la Ley nacional.

La Comunidad Valenciana, por contra, sí que aprobó en su día una Ley de autonomía de pacientes, es la Ley 1/2003, de 28 de enero de la Generalitat, de Derechos e Información al Paciente de la Comunidad Valenciana²²⁵. Que fue derogada por la Ley 10/2014, de Salud de la Comunidad Valenciana²²⁶. Esta forma de actuar resulta original pues conlleva derogar una ley de derechos y deberes de los pacientes mediante una nueva ley de Salud. Como estamos viendo en otras CCAA lo más frecuente es que se creen leyes específicas para cada parcela y, además, hemos visto como otras comunidades autónomas, que no tenían una ley de autonomía de los pacientes, la han promulgado y han pasado a regular la información y el consentimiento informado separadamente, por ello nos resulta curiosa la ley valenciana de salud, que pretende aglutinar todas las cuestiones. En lo referente a la información y al consentimiento informado, la Ley 10/2014 destina el Título V, artículos 40 a 59, a los derechos y deberes de los usuarios y pacientes en el ámbito de la salud. Y tal y como sucede con la norma manchega y navarra, el nivel de concreción en la regulación es muy interesante, hasta el punto en que, por poner un ejemplo, el artículo 43.5 señala que, en sede de consentimiento por representación de menores, *"si los progenitores están separados o divorciados y, en virtud de sentencia judicial o auto de medidas provisionales la patria potestad corresponde a ambos, el consentimiento informado deberá prestarse conjuntamente. En los casos de urgencia vital o decisiones diarias poco trascendentes o rutinarias en la vida del menor, bastará con el consentimiento del que esté presente. Cuando falte consenso entre ambos progenitores, y siempre que se ponga en riesgo la*

²²⁵ Ley 1/2003, de 28 de enero, de derechos e información al paciente de la Comunidad Valenciana. Publicada en el BOE núm. 48, de 25 de febrero de 2003. Disposición derogada desde 1 de enero de 2015.

²²⁶ Ley 10/2014, de 29 de diciembre, de Salud de la Comunidad Valenciana. Publicada en el DOCV núm. 7437, de 31 de diciembre de 2014 y en el BOE núm. 35, de 10 de febrero de 2015.

salud del menor, se pondrán los hechos en conocimiento del Ministerio Fiscal". Las previsiones al respecto de progenitores separados o divorciados, siguen la línea de la Ley 5/2011 de la Generalitat Valenciana²²⁷ que ha sido declarada inconstitucional²²⁸. Prudentemente consideramos todo un acierto crear un capítulo separado dirigido a establecer los derechos del menor en el ámbito sanitario.

En Extremadura, se promulgó la Ley 3/2005, de información sanitaria y autonomía del paciente²²⁹, que es una norma muy completa que, como la navarra o la manchega, reconoce los derechos de acompañamiento, los de intimidad, los de confidencialidad de los datos de salud de los usuarios y que, además, recoge las normas relativas al consentimiento informado en un capítulo independiente, capítulo III, del Título IV de la norma, rubricado como *Derecho a la autonomía del paciente*. Capítulo III que consta de siete artículos²³⁰ profusos donde incluso se recoge la necesidad de informar al paciente con, al menos 24 horas de antelación al procedimiento correspondiente para que el paciente pueda "*reflexionar con calma y decidir libre y responsablemente (...) siempre que no se trate de actividades urgentes o que no requieran hospitalización*"²³¹, nos parece realmente interesante, que se valore también la necesidad de dejar tiempo para que el consentimiento emane suficientemente madurado por la persona que debe emitirlo.

En Galicia la norma que trata la materia de la autonomía de la voluntad de los pacientes, y más concretamente el consentimiento informado es la Ley 3/2001, de 28 de mayo²³². Su artículo 2º establece que será de aplicación a todo tipo de asistencia sanitaria que se preste en la Comunidad Autónoma de Galicia en los centros públicos o

²²⁷ Ley 5/2011, de 1 de abril, de la Generalitat, de Relaciones Familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven. Publicada en el DOCV núm. 6495, de 5 de abril de 2011.

²²⁸ Por la Sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional, núm. 192/2016, de 16 de noviembre de 2016. Ponente Dª. Adela Asua Batarrita. RTC\2016\192. Que también hace alusión a las SSTC núm. 82 de 28 de abril de 2016 (RTC\2016\82), y núm. 110, de 9 de junio de 2016 (RTC\2016\110), ambas resolviendo también recursos que declararon la inconstitucionalidad de las previsiones del legislador autonómico valenciano en materia de Derecho civil por exceso de su competencia en materia de esta rama del ordenamiento.

²²⁹ Ley 3/2005, de 8 de julio, de información sanitaria y autonomía del paciente. Publicada en el DOE núm. 82, de 16 de julio de 2005, y en el BOE núm. 186, de 5 de agosto de 2005.

²³⁰ Artículos 23 a 30, ambos inclusive.

²³¹ Art. 28.3 de la Ley 3/2005, de información sanitaria y autonomía del paciente de Extremadura.

²³² Ley 3/2001, de 28 de mayo, reguladora del consentimiento informado y de la historia clínica de los pacientes. Publicada en el DOG núm. 111, de 8 de junio de 2001 y en el BOE núm. 158, de 3 de julio de 2001 (versión consolidada de 21 de mayo de 2005).

privados, sean o no concertados con el Servicio Gallego de Salud. Su artículo 3.2. establece claramente que *"la prestación del consentimiento informado es un derecho del paciente y su obtención un deber del médico"*. Como podrá observarse, coincidimos con esta visión del consentimiento informado como derecho-deber.

En las Islas Baleares, la norma que regula los derechos y deberes de los pacientes es la Ley 5/2003²³³, que recoge en una sección separada (sección 3ª del Capítulo III del Título I) los Derechos a la Autonomía del Paciente. Sin embargo, no se recogen peculiaridades que supongan un desarrollo real de las previsiones de la Ley 41/2002.

Canarias aborda la materia de la autonomía de la voluntad de los pacientes y el consentimiento informado en la Ley 11/1994, de Ordenación Sanitaria de Canarias²³⁴, modificada en muchas ocasiones. El texto consolidado recoge de forma extremadamente genérica los derechos de los ciudadanos en relación con su salud, sin que suponga un verdadero desarrollo de las previsiones de la Ley 41/2002, al menos en materia de autodeterminación de personas en relación con su salud.

La Rioja - como Canarias y Baleares -, ha optado por regular la autonomía de los pacientes dentro de la ley de salud, en su caso, en la Ley 2/2002, de 17 de abril²³⁵. Esta norma reconoce a todos los usuarios del Sistema Público de Salud de La Rioja mayores de dieciséis años la posibilidad de rechazar cualquier tratamiento²³⁶, y aunque realmente no es una novedad, sí nos parece novedosa la forma de exponerlo, dado que en la Ley 41/2002 se habla de que los pacientes podrán rechazar tratamientos y también se habla de que los mayores de dieciséis años consentirán, salvo excepciones, los tratamientos, pero no se dice, de forma tan clara que cualquier persona mayor de dieciséis años tengan *"derecho a negar que se les practique cualquier procedimiento diagnóstico o terapéutico"*.

Resulta también particular la redacción del apartado 4º del artículo 6º de la Ley 2/2002 de La Rioja que señala:

²³³ Ley 5/2003, de 14 de abril, de Salud de las Islas Baleares. Publicada en el BOE núm. 110, de 8 de mayo de 2003 (versión consolidada junio 2015).

²³⁴ Ley 11/1994, de 26 de julio, de Ordenación Sanitaria de Canarias. Publicada en el BOE núm. 206, de 26 de agosto de 1994 (versión consolidada de febrero de 2015).

²³⁵ Ley 2/2002, de 17 de abril, de Salud (de la Rioja). Publicada en el BOE núm. 106, de 3 de mayo de 2002.

²³⁶ Art. 6.1.a) de la Ley 2/2002.

"El usuario menor de 16 años que sea capaz intelectual y emocionalmente de comprender el alcance de la intervención o tratamiento, deberá prestar por sí mismo el consentimiento informado. Si careciere de dicha capacidad, dicho consentimiento habrán de prestarlo, en los supuestos y formas establecidos en esta Ley, sus representantes legales, informándose en todo caso al menor de forma comprensible y adecuada a su edad y necesidades sobre las decisiones, procedimientos o prácticas que afecten a su salud".

En esta previsión no se hace alusión a los doce años cumplidos, que es más o menos el límite inferior estandarizado para el consentimiento informado, lo que nos da que pensar que podría ser factible que se entendiera que, si el menor resulta realmente capaz de comprender y consentir (a juicio del profesional), podría hacerlo por sí mismo, aun siendo menor de doce años.

El País Vasco es la única Comunidad Autónoma que ha regulado los derechos y deberes de los pacientes en una norma de rango infra legal, concretamente mediante la aprobación del Decreto 38/2012, de 13 de marzo, sobre historia clínica y derechos y obligaciones de pacientes y profesionales de la salud en materia de documentación clínica²³⁷. La norma recoge muchas cuestiones interesantes en materia de documentación clínica, pero las previsiones al respecto de información y consentimiento informado (artículos 24 y 25, principalmente) son bastante fieles a las pautas de la ley 41/2002.

El Principado de Asturias fue la Comunidad Autónoma en la que la materia de la autonomía de la voluntad de los pacientes y el consentimiento informado se reguló en la norma más antigua. Se trata de la Ley 1/1992, del Servicio de Salud²³⁸, que ha sido modificada en múltiples ocasiones pero que no es una norma demasiado destacable en materia de autonomía de la voluntad de los pacientes. La estructura de la norma en la que en un único artículo - el artículo 49 - se recoge la mayoría de los derechos de los ciudadanos, y el tiempo que lleva ese artículo vigente hace que nada aporten en cuanto a la posibilidad de desarrollar las bases que establece la ley 41/2002. En toda la Ley 1/1992, no se recoge ni una sola vez la expresión *consentimiento informado*, se habla

²³⁷ Decreto 38/2012, de 13 de marzo, sobre historia clínica y derechos y obligaciones de pacientes y profesionales de la salud en materia de documentación clínica. Publicada en el BOPV núm. 65, de 29 de marzo de 2012.

²³⁸ Ley 1/1992, de 2 de julio, del Servicio de Salud del Principado de Asturias. Publicada en el BOPA núm. 162, de 13 de julio de 1992 y en el BOE núm. 211, de 2 de septiembre de 1992 (versión consolidada de julio de 2014).

solo de *consentimiento* en el artículo 49, en el sentido de expresar que será necesario que sea recogido por escrito para la realización de cualquier intervención médica, salvo excepciones que se puntualizan expresamente. Vemos como hasta la propia forma de presentar el consentimiento se encuentra un poco desfasada, pues la tendencia actual es que se recabe de forma verbal y se deje constancia en la historia clínica, salvo en las situaciones concretas que prevé la ley 41/2002, y no al revés como parece exponer la norma asturiana.

Murcia aprobó en el año 2009 la Ley 3/2009, de los derechos y deberes de los usuarios del sistema sanitario de la Región de Murcia²³⁹, una norma que recoge una serie de principios rectores en el artículo 7, de los cuales destacan el apartado 5º referido al *Derecho a recibir información sanitaria* y el 7º dedicado al *Respeto a libertad de la persona en las decisiones que afecten a su salud*. Esta norma recoge, un capítulo entero destinado a desgranar los distintos tipos de informaciones a los que tienen derechos los residentes en esta comunidad - arts. 29 a 37 inclusive - y un título íntegro a la autonomía de la voluntad de los pacientes. Se trata del Título V, que está rubricado como *Derechos relativos a la autonomía de la decisión*, en la que se vuelve a incidir en la información precisa para un consentimiento informado - art. 43 -, y también en cuestiones tales como el contenido que debe tener el consentimiento informado y otros más. Se trata de una norma muy completa, al igual que las normas manchega, navarra o extremeña.

Por último, cabe señalar que las Ciudades Autónomas de Ceuta y Melilla no han desarrollado regulación propia en materia de derechos y deberes de los pacientes como tampoco han hecho regulación de ordenación de la sanidad, dado que no han asumido competencias en esa materia, sino que pertenecen al ámbito de intervención del Instituto Nacional de Gestión Sanitaria (INGESA)²⁴⁰.

²³⁹ Ley 3/2009, de 11 de mayo, de los derechos y deberes de los usuarios del sistema sanitario de la Región de Murcia. Publicada en el BORM núm. 114, de 20 de mayo de 2009 y en el BOE núm. 34, de 9 de febrero de 2011 (versión consolidada de diciembre de 2012).

²⁴⁰ El INGESA es una entidad dependiente del Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad de España, que surgió cuando, en el año 2002 todas las Comunidades Autónomas asumieron sus competencias en gestión de la prestación sanitaria y desapareció el INSALUD (Instituto Nacional de Salud). Se considera al INGESA entidad heredera de INSALUD, pero solo gestiona la prestación sanitaria pública en las ciudades autónomas de Ceuta y Melilla, por cuanto son los únicos territorios nacionales que no han desarrollado competencia en este ámbito.

Tras el análisis de la regulación autonómica observada, es evidente que se siguen dos modelos, el más *tradicional* que es el que recoge los derechos de autodeterminación de los pacientes dentro de la norma de salud o de ordenación sanitaria de su Comunidad Autónoma, (Andalucía, Aragón, Cantabria, Comunidad de Madrid, Comunidad Valenciana (desde 2014), Islas Baleares, Islas Canarias, La Rioja y Asturias), y el segundo de los modelos donde las autonomías han desarrollado normas específicas para reconocer la autodeterminación de los pacientes (Castilla y León, Castilla-La Mancha, Cataluña, Comunidad Foral de Navarra, Comunidad Valenciana (hasta que en el año 2014 derogó su norma específica y reguló la materia en la norma de salud), Extremadura, Galicia, País Vasco y la Región de Murcia).

En mi opinión, las CCAA que han regulado la cuestión separadamente, en una norma específica, son las que desarrollan materias no tratadas por ley 41/2002, como es el caso del derecho al acompañamiento, o cuestiones formales sobre el contenido de la hoja de consentimiento, para el caso de que se consienta por escrito. Mientras que en las autonomías donde se ha regulado la materia dentro de las normas generales de salud u ordenación sanitaria, se ha innovado menos, o como mínimo, se ha tratado la cuestión de forma más tangencial.

Sin embargo, el instrumento normativo utilizado no es tan relevante, sino que lo que debe observarse es el fondo. Un sector de la doctrina representado por AMARILLA GUNDIN considera que "*hasta ahora, las leyes especiales sanitarias son muy programáticas, pero no solucionan en absoluto las cuestiones conflictivas concretas e incluso sirven de excusa para que las normas civiles generales tampoco lo hagan*"²⁴¹. Argumento en el que coincidimos ya que consideramos que lo que se debe derivar de las normas que tratan sobre autodeterminación y sobre la autonomía de la voluntad, deben ser ideas claras y precisas. Y todo ello con independencia de la opinión que podamos tener del hecho de que existan 17 normas autonómicas que regulen la cuestión.

²⁴¹ AMARILLA GUNDÍN, Manuel y AMARILLA MATEU, Nuria, *La responsabilidad contractual terapéutica en el siglo XXI*. ed. European Pharmaceutical Law Group. Madrid. 2002. Pág. 48.

3. Características generales del consentimiento informado

A lo largo de los próximos apartados se analizará pues el consentimiento informado tal y como está configurado, pero también con la idea de comenzar a anotar cualquier elemento que nos pueda resultar significativo para nuestro objeto de estudio, pues como se sabe, estamos ante un campo particular de la medicina, y como tal, pueden existir elementos diferenciadores en los que deberemos detenernos.

3.1. El consentimiento informado como *Derecho-Deber*

De la sola lectura del artículo 2º de la ley 41/2002²⁴², que supuso la actualización o cambio de paradigma entre la medicina paternalista y la visión actual de autodeterminación de los pacientes, se desprende el papel principal que se le ha querido otorgar por parte del legislador, no solo al consentimiento informado, sino también a la propia autodeterminación. Además, el mismo artículo 2º establece en su apartado 6º el deber de los profesionales sanitarios de actuar no solo de forma conforme a la prestación sanitaria y sus técnicas – la llamada *lex artis* – sino también de conformidad con los deberes de información y documentación clínica, esto es: respetando las decisiones tomadas libre y voluntariamente por los usuarios. Como veremos, no cumplir con esta obligación puede conllevar el surgimiento de responsabilidad civil de los profesionales.

²⁴² "Artículo 2. Principios Básicos:

1. La dignidad de la persona humana, el respeto a la autonomía de su voluntad y a su intimidad orientarán toda la actividad encaminada a obtener, utilizar, archivar, custodiar y transmitir la información y la documentación clínica.
2. Toda actuación en el ámbito de la sanidad requiere, con carácter general, el previo consentimiento de los pacientes o usuarios. El consentimiento, que debe obtenerse después de que el paciente reciba una información adecuada, se hará por escrito en los supuestos previstos en la Ley.
3. El paciente o usuario tiene derecho a decidir libremente, después de recibir la información adecuada, entre las opciones clínicas disponibles.
4. Todo paciente o usuario tiene derecho a negarse al tratamiento, excepto en los casos determinados en la Ley. Su negativa al tratamiento constará por escrito.
5. Los pacientes o usuarios tienen el deber de facilitar los datos sobre su estado físico o sobre su salud de manera leal y verdadera, así como el de colaborar en su obtención, especialmente cuando sean necesarios por razones de interés público o con motivo de la asistencia sanitaria.
6. Todo profesional que interviene en la actividad asistencial está obligado no sólo a la correcta prestación de sus técnicas, sino al cumplimiento de los deberes de información y de documentación clínica, y al respeto de las decisiones adoptadas libre y voluntariamente por el paciente.
7. La persona que elabore o tenga acceso a la información y la documentación clínica está obligada a guardar la reserva debida."

En nuestra opinión, en el momento actual no cabe duda de que el consentimiento informado forma parte de la *lex artis*²⁴³, por lo que podrá suponer una vulneración o inobservancia de la misma actuar sin él, o con un consentimiento viciado.

Realizaremos el estudio de la versión consolidada de septiembre de 2015, de la ley 41/2002, dado que la redacción original de la misma ha sido alterada en bastantes ocasiones²⁴⁴. Seguidamente analizaremos las principales características del sistema de consentimiento informado que se configura en la norma:

El consentimiento informado se constituye como un *derecho-deber*. Se entiende, principalmente como un derecho para el usuario de servicios sanitarios y un deber para el médico actuante, pero en nuestra opinión se llega a una situación *de facto* en la que el paciente o cliente tiene el *deber de consentir*, tras haber recibido la información que el profesional tiene el *deber* de facilitarle, dado que si no se consiente, el profesional no podrá actuar. Está claro, que se habla de derecho a consentir aludiendo a que puede no consentir, pero si pretende la intervención o la asistencia, ese derecho, prácticamente se convierte en una *condicio sine qua non*²⁴⁵.

El *derecho* se manifiesta como necesidad de ser informado y como manifestación del derecho a decidir y consentir, o no, un actuar médico que tiene el paciente y el usuario de cualquier servicio sanitario o médico. Todo ello se materializa gracias al *derecho de información*, que a su vez, es un *deber* que obliga al modo de actuar del profesional, consistiendo en una de las principales manifestaciones del deber de cuidado. En palabras de BLANCO PÉREZ-RUBIO, es una manifestación del

²⁴³ Como no dudó en señalar, entre otros muchos autores, ARCOS VIEIRA en ARCOS VIEIRA, M^a Luisa, *Responsabilidad Sanitaria por Incumplimiento del Deber de Información al Paciente*. Ed. Thomson - Aranzadi. 2007. Cizur Menor. Pág. 19.

²⁴⁴ Las modificaciones más significativas de la Ley 41/2002, además se han realizado en relación con el consentimiento informado, especialmente con el consentimiento informado en ciertas situaciones especiales (menores, incapaces, interrupción del embarazo,...). Tuve la oportunidad de analizar las modificaciones a que se ha sometido la norma en un artículo publicado en el Diario La Ley en noviembre de 2015: LOZANO ARJONA, Mario "Novedades legislativas modificativas de la autonomía de la voluntad de los pacientes" en *Diario La Ley* núm. 8637. Año XXXVI, 3 de noviembre de 2015. Id. La Ley 6553/2015.

²⁴⁵ Escribo *condicio sine qua non* y no *conditio sine qua non*, advertido por las palabras de PANTALEÓN sobre la corrección de la fórmula y la incorrección o imprecisión de aquellos que usan *conditio sine qua non*. PANTALEÓN PRIETO, Fernando, "Causalidad e imputación objetiva: criterios de imputación" en ASOCIACIÓN DE PROFESORES DE DERECHO CIVIL, *Centenario del Código Civil*. Vol. II. Ed. Centro de Estudios Ramón Areces. 1990. Madrid. Pág. 1561 (*vid.* nota al pie 1 de la obra citada).

derecho fundamental a la integridad física y moral²⁴⁶, y veremos cómo, en ese sentido, se desarrolla la ley actual 41/2002. La propia autora también considera, y coincidimos en este razonamiento, que "*el derecho a la información se establece, en consecuencia, como un derecho que tiene el paciente y una obligación que se le impone al médico*"²⁴⁷, cuestión que encaja con nuestra idea de *derecho-deber*.

El derecho a la información asistencial tiene como contrapartida el deber subjetivo del médico, que es el responsable de informar al paciente o cliente. El artículo 4.3. de la Ley 41/2002 recoge que el médico que atiende a la persona es el responsable de la información del mismo²⁴⁸, cosa que no obsta para que el resto del equipo, pueda también informar al paciente o cliente, pero sin olvidar sobre quién recae el peso de la obligación.

El profesional, debe informar completamente al paciente, de conformidad con las previsiones de la ley y de forma previa al momento en que se recabe la autorización para su intervención, excepto en unos pocos casos tasados en los que se puede proceder sin el consentimiento informado, situaciones que, además, suelen requerir que el consentimiento que se omitió sea obtenido tan rápido como sea posible.

Cuando nos hallamos frente actos médicos de satisfacción existe la sensación en la doctrina y en la jurisprudencia de que el deber de informar es más importante y, por ende, la información debe ser más exhaustiva y exigible, si cabe, por cuanto no nos encontramos con pretensiones sanadoras, sino meramente modificadoras. Prudentemente manifestamos nuestras dudas al respecto de esta idea doctrinal, aunque observamos que la misma está plenamente vigente. En nuestra opinión, tanto los pacientes como los clientes y usuarios de servicios médicos tienen derecho a ser informados exhaustivamente y de forma completa, con indiferencia de si nos encontramos ante medicina de sanación o satisfacción.

²⁴⁶ Señala la autora: "*el derecho a ser informado o deber del médico de informar al paciente, se convierte en necesaria concreción del derecho de respeto a la integridad física y psíquica (art. 15 de la Constitución Española)*". BLANCO PÉREZ-RUBIO, Lourdes, *La carga de la prueba por omisión de información al paciente*. Ed. Marcial Pons. 2013. Madrid. Pág. 13.

²⁴⁷ BLANCO PÉREZ-RUBIO, Lourdes, *op. cit.* Pág. 43.

²⁴⁸ Señala literalmente el artículo 4.3 de la Ley 41/2002: "*El médico responsable del paciente le garantiza el cumplimiento de su derecho a la información. Los profesionales que le atiendan durante el proceso asistencial o le apliquen una técnica o un procedimiento concreto también serán responsables de informarle*".

En un momento anterior a la aprobación de la Ley 41/2002, la doctrina más avanzada en nuestro país en cuanto a la responsabilidad civil médica y el valor del consentimiento informado, vinculaban el consentimiento a la información realmente obtenida por el paciente o cliente. Es exponente de este sector doctrinal GALÁN CORTÉS, quien ya señalaba:

*"El médico debe informar al paciente de todas aquellas circunstancias que puedan incidir de forma razonable en la decisión a adoptar por el mismo, por lo que deberá informarle sobre la forma (medios) y el fin del tratamiento médico, señalándole el diagnóstico de su proceso, su pronóstico y las alternativas terapéuticas que existan, con sus riesgos y beneficios, así como la posibilidad, caso de ser conveniente, de llevar a efecto el tratamiento en otro centro sanitario más adecuado – y continúa – El consentimiento del paciente se extenderá, en cuanto a su validez y eficacia, hasta donde haya sido informado"*²⁴⁹.

Hay que reseñar que GALÁN CORTÉS publicó la obra de la que se ha extraído la anterior cita en el año 1997, con cinco años de anterioridad al momento de renovación legislativa y, sin embargo, se ajusta a la situación actual más que a su situación contemporánea. Y ello porque, en definitiva, se extrae de sus ideas que el modo de cumplir el deber de información es informando – vélgase la redundancia – pero de la forma más completa, veraz, adecuada y personal posible. La información es el elemento que ayuda al usuario a decidirse sobre lo adecuado o pertinente del tratamiento que le proponen, por lo que parece indiscutible que *estar informado* es la única posibilidad de que pueda consentirse realmente una actuación médica.

El paciente y el cliente solo pueden consentir sobre lo que han sido informados, por lo que, si se hace parcialmente se entenderá que se está consintiendo parcialmente, y ello nos podría llevar a un actuar sin consentimiento, con las consecuencias que ello puede llevar aparejado, y que serán estudiadas con posterioridad.

3.2. El contenido mínimo en la Ley 41/2002

El contenido mínimo que debe contener el consentimiento informado está recogido en los artículos cuatro²⁵⁰ y diez²⁵¹ de la ley 41/2002 que tratan,

²⁴⁹ GALÁN CORTÉS, Julio César. (1997) *El consentimiento informado... op. cit.* Pág. 45.

²⁵⁰ "Artículo 4. Derecho a la información asistencial.

1. Los pacientes tienen derecho a conocer, con motivo de cualquier actuación en el ámbito de su salud,

respectivamente, el contenido de la información asistencial y las condiciones de la información y del consentimiento.

Este contenido puede resumirse en la necesidad de ofrecer, por parte del profesional médico, *una información completa sobre la finalidad y naturaleza de la intervención, más los riesgos y consecuencias de la misma.*

Por eso debe incluirse: los riesgos y consecuencias que la intervención origina con seguridad, los riesgos relacionados con las circunstancias personales o profesionales del intervenido, los riesgos probables en condiciones normales, las contraindicaciones y, en ocasiones, también los riesgos improbables e incluso datos estadísticos²⁵². Además de completa, deberá ser una información comprensible y adaptada a las capacidades del destinatario de la misma.

Como señala RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, la información está en función del consentimiento, es imprescindible para que el mismo pueda existir, pero además, para

toda la información disponible sobre la misma, salvando los supuestos exceptuados por la Ley. Además, toda persona tiene derecho a que se respete su voluntad de no ser informada. La información, que como regla general se proporcionará verbalmente dejando constancia en la historia clínica, comprende, como mínimo, la finalidad y la naturaleza de cada intervención, sus riesgos y sus consecuencias.

2. La información clínica forma parte de todas las actuaciones asistenciales, será verdadera, se comunicará al paciente de forma comprensible y adecuada a sus necesidades y le ayudará a tomar decisiones de acuerdo con su propia y libre voluntad.

3. El médico responsable del paciente le garantiza el cumplimiento de su derecho a la información. Los profesionales que le atiendan durante el proceso asistencial o le apliquen una técnica o un procedimiento concreto también serán responsables de informarle."

²⁵¹ "Artículo 10. Condiciones de la información y consentimiento por escrito.

1. El facultativo proporcionará al paciente, antes de recabar su consentimiento escrito, la información básica siguiente:

a) Las consecuencias relevantes o de importancia que la intervención origina con seguridad.

b) Los riesgos relacionados con las circunstancias personales o profesionales del paciente.

c) Los riesgos probables en condiciones normales, conforme a la experiencia y al estado de la ciencia o directamente relacionados con el tipo de intervención.

d) Las contraindicaciones.

2. El médico responsable deberá ponderar en cada caso que cuanto más dudoso sea el resultado de una intervención más necesario resulta el previo consentimiento por escrito del paciente."

²⁵² Al respecto de la necesidad o no de ofrecer información sobre riesgos más improbables o atípicos, existen discrepancias en la doctrina y resoluciones jurisprudenciales que consideran que cuanto más necesaria es la intervención, menos necesidad hay de informar de los riesgos más atípicos. Esto es uno de los principales motivos por los que se considera que la información, en los casos de medicina estética debe ser más exhaustiva y completa. Realiza un excelente análisis de la cuestión GARCÍA RUBIO, en GARCÍA RUBIO, María Paz, "Incumplimiento del deber de información, relación de causalidad y daño en la responsabilidad civil médica" en LLAMAS POMBO, Eugenio (Coord.), *Estudios de Derecho de Obligaciones. Homenaje al profesor Mariano Alonso Pérez*. Tomo I. Ed. La Ley. 2006. Las Rozas. Págs. 801 a 827. (Vid. Pág. 807 y ss.)

que sea una información que realmente pueda considerarse útil para que llegue a ofrecerse un consentimiento informado válido, debe ser una información que pueda ser comprendida por el destinatario²⁵³.

Lo observado hace que, incluso, se suministre una información de *lo probable*, dado que no se puede saber *a priori* qué es lo que va a suceder tras la intervención. Esto tanto en los casos de medicina de sanación, como en los casos de actos médicos de satisfacción donde no se pretende una mejoría sanadora. En estos últimos, incluso, la información sobre lo que sucederá posteriormente se considera que debe ser más completa y concreta, aunque fundamentalmente debe albergar lo probable, más todas aquellas informaciones que puedan ayudar al cliente a decidir sobre el acto médico que pretende.

Tal y como señala SÁNCHEZ GÓMEZ, se observa como recientemente existe una mayor preocupación en general, al respecto de la propia salud, lo que unido al hecho de que los ciudadanos tengan un mayor acceso a distintas fuentes de información, como internet, y como también las redes sociales o de intercambio de conocimiento, hacen que el peso de la información sea cada vez más relevante, en lo que a requisito para que el consentimiento informado sea válido²⁵⁴, es decir, la información que será considerada suficiente para que el consentimiento informado sea válido, evoluciona, como lo hace la propia sociedad, o como lo ha hecho incluso el ordenamiento jurídico, al pasar de la visión paternalista a la actual autodeterminación de los pacientes y usuarios.

²⁵³ Señala el autor: "*la información, en este caso, está en función del consentimiento: para que éste pueda ser prestado libremente y con conocimiento de causa es preciso que el enfermo conozca lo esencial y en los términos más comprensibles posibles, que le permitan hacerse una idea de su situación y de las distintas alternativas por las que puede optar – entre las que se encuentra la no intervención –, así como los riesgos asociados a cada una de ellas*". RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, Ricardo, "El daño derivado de la ausencia de Consentimiento Informado y su graduación a efectos indemnizatorios" en *Revista jurídica de la Comunidad de Madrid*. Número 28, Enero – junio 2009. Madrid. Pág. 51.

²⁵⁴ Señala la autora: "*la información al paciente en el ámbito sanitario como requisito previo para la validez de su consentimiento al tratamiento médico, ha sufrido una importante transformación de un tiempo para esta parte. Transformación determinada por su mayor importancia y protagonismo en la praxis médica, inimaginables hace unos años. (...) Este giro o, dicho en otros términos, toma de conciencia sobre su relevancia, se ha visto impulsado por algunos factores de índole social, desencadenantes de un cambio de actitud progresiva de los pacientes de una parte, y de los facultativos, de otra*". SÁNCHEZ GÓMEZ, Amelia, "La información al paciente y el consentimiento informado en el derecho español. Referencia legal y jurisprudencial. La praxis médica" en *Revista Doctrinal Aranzadi Civil - Mercantil*. Núm. 8. Año 2014. Cizur Menor. Págs. 97 - 117.

3.3. El alcance de la información en la Ley 41/2002

Vistas así las cosas, consentir implica haber recibido y entendido la información dada. Pero cuando nos planteamos qué tipo de información o qué contenido debe tener esa información nos enfrentamos a conceptos jurídicos indeterminados y a una serie de cuestiones que han sido abordadas de manera distinta en diversas resoluciones jurisprudenciales y también por parte de la doctrina.

Tal y como vimos, el artículo 4º de la Ley 41/2002 establece literalmente que los pacientes tienen derecho a conocer:

"con motivo de cualquier actuación en el ámbito de su salud, toda la información disponible sobre la misma, salvando los supuestos exceptuados por la Ley. Además, toda persona tiene derecho a que se respete su voluntad de no ser informada. La información, que como regla general se proporcionará verbalmente dejando constancia en la historia clínica, comprende, como mínimo, la finalidad y la naturaleza de cada intervención, sus riesgos y sus consecuencias".

Vista la literalidad de la norma, observamos tres características especialmente relevantes:

- En primer lugar, los usuarios tienen derecho a conocer *"toda la información disponible"*, esto nos confirma la ruptura con la etapa paternalista. La información no puede ser sesgada por los profesionales. Debe ser pues una *información completa*. Salvando los casos excepcionales legislativamente recogidos. Esto, en nuestro objeto de estudio implica una información completa del pre-operatorio – estudios y pruebas a realizar con anterioridad, viabilidad de la intervención y cambios o modificaciones a realizar –, información completa de la intervención y también, de todo lo referente al post-operatorio. Así como de los riesgos reales, probables e incluso, los poco probables.

Pero no podemos establecer una regla general de qué será información completa en unos supuestos concretos, por ejemplo, qué será información que podrá entenderse como completa en las intervenciones quirúrgicas de liposucción de muslos, dado que la información deberá ser completa, pero también adaptada a la persona que debe recibirla. El paciente (y consideramos que también el *paciente-cliente*) es cada vez más exigente en cuanto a la información que precisa e incluso que exige al profesional²⁵⁵, por lo que

²⁵⁵ Señala SÁNCHEZ GÓMEZ: "El usuario de los servicios sanitarios, no solo demanda del facultativo unos cuidados adecuados y conformes según los medios y estado de la ciencia (...) sino ser informado de

cada vez más, entendemos, que tanto pacientes como clientes, van a requerir una información más completa y, al exigirla, van a ir diluyéndose las distinciones que se habían configurado por la doctrina y por la jurisprudencia, que aun entienden que para que una información sea completa, en los casos de personas enfermas, se requiere menos rigurosidad y exhaustividad en la misma, siendo más la información que debe proporcionarse cuando menos necesaria es la actuación, desde el punto de vista de la necesidad en salud.

Por esta distinción, hay autores como GÓMEZ RUFÍAN, que recientemente han hablado del contenido material del deber de información en la medicina satisfactiva exponiendo que la información en estos casos debe ser *"una información objetiva, veraz, completa y asequible, y comprende las posibilidades de fracaso de la intervención, es decir, el pronóstico sobre la posibilidad del resultado, y también cualesquiera secuelas, riesgos, complicaciones o resultados adversos se puedan producir, sean de carácter permanente o temporal, con independencia de su frecuencia, no concurriendo estos requisitos cuando se desconocen las complicaciones que pueden sobrevivir de la intervención médica que se autoriza"*²⁵⁶. El autor extrae este argumento de la Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de mayo de 2007²⁵⁷ (entre otras muchas), que defiende esta supervivencia de las distinciones en la información, en atención a la necesidad o no de la intervención, tal y como se ha expuesto²⁵⁸.

GÓMEZ RUFÍAN también hace alusión a la necesidad, de que la información debe ser comprensible por el destinatario²⁵⁹, aspecto en el que coincidimos sin lugar a

manera completa y clara sobre los aspectos relativos a su estado de salud y la actuación que precisa. Por ello plantea cuestiones al facultativo sobre su proceso, quiere entender lo que le ocurre, se orienta y documenta sobre su estado por otros medios, como internet, a veces de manera errónea, en ocasiones consulta a más de un facultativo sobre la dolencia que padece o actividad médica que precisa y, en consonancia con lo anterior, es consciente de la libertad que tiene para consentir un tratamiento". SÁNCHEZ GÓMEZ, Amelia, "La información al paciente y ..." *op. cit.* Págs. 97 - 117.

²⁵⁶ GÓMEZ RUFÍAN, Luis, "Cirugía estética y responsabilidad civil: análisis sistemático de una compleja jurisprudencia" en *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 32. Año 2015. Madrid. Págs. 185 - 215. (La cita se extrae de la página 206).

²⁵⁷ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 23 de mayo de 2007. Ponente D. Vicente Luis Montés Perales. RJ\2007\3273.

²⁵⁸ La resolución será, más profundamente analizada en próximos apartados del presente Capítulo.

²⁵⁹ Señala el autor que *"para una correcta comprensión por el destinatario, ha de integrarse con los conocimientos a su alcance y tratarse de información suficiente que permita contar con los datos claros y precisos para poder decidir si se somete a la intervención que los servicios médicos le recomiendan o proponen"*. GÓMEZ RUFÍAN, Luis, *op. cit.* Pág. 206.

duda y en el que agradecemos no encontrar distinciones entre la medicina voluntaria y la medicina curativa.

- En segundo lugar, tras observar que la información debe ser completa (y comprensible) cabe destacar el derecho de las personas "*a que se respete su voluntad de no ser informada*", pero debe dejarse claro que el modo correcto de proceder, siempre debe ser el de pretender informar (el profesional) y, en el caso en que el paciente o *paciente*-cliente, manifieste su voluntad de no ser informado, o que no desean recibir más información (o ninguna información), será cuando podrá entenderse que puede aceptarse el consentimiento sin información.

Esto supone que no puede *intuirse* que el paciente o usuario no desea ser informado, debe haber *constancia expresa* de la renuncia a ser informado. Y el profesional, como regla general, dejará constancia en la historia clínica del paciente de su voluntad de no recibir información.

En lo que atañe a los actos médicos de satisfacción no queda claro que exista esta posibilidad, por cuanto son intervenciones voluntarias que se realizan sin que exista una necesidad vital y donde la voluntad de cambio del sujeto intervenido debe quedar claramente fijada entre médico y cliente. En nuestra opinión, el profesional podrá aceptar la renuncia de su cliente a ser informado, pero sea como fuere, consideramos relevante que se refleje en la historia clínica la misma, y el momento en que se expresó esa voluntad a no recibir información, incluyendo la fecha y la hora de dicha renuncia, dado que existe la posibilidad de que, en un momento posterior, el paciente o el cliente decida que sí que quiere recibir información o, incluso, que pretende que se informe a una persona tercera, designada por él.

- En cuanto a la forma, observamos en el artículo cuarto de la Ley 41/2002 que "*como regla general [la información] se proporcionará verbalmente dejando constancia en la historia clínica*". No existe una exigencia de forma escrita en cuanto a la información, como regla general, pero sí que existe la obligación de dejar constancia en la historia clínica al respecto de la información facilitada al paciente. Ello supone la consagración de la forma <<*ad probationem*>>.

Tal y como señala SÁNCHEZ GÓMEZ, si la información se ofreció correctamente de forma verbal, se dará por cumplida la obligación del profesional²⁶⁰, aunque se ha naturalizado la entrega de información por escrito, como forma de dejar rastro de la misma, es decir, como elemento de defensa de la posición del profesional médico o del centro médico, pues podrá demostrar que se ofreció información de una forma más sencilla.

Coincidimos plenamente con la idea de que se está generalizando la entrega de información por escrito y también con el diagnóstico de que esta medida se debe a una voluntad de dejar constancia, por parte de los profesionales o centros sanitarios, sobre la información otorgada. Pese a ello, creemos que la información escrita, no solo no puede sustituir a la verbal por ser la más relevante para el paciente, sino que no puede sustituir a la verbal porque esta última emana directamente del médico y de una interacción que es fundamental para que exista un juicio sobre el grado de comprensión de la información. Esto es especialmente relevante en nuestro ámbito objeto de estudio, pues en las grandes clínicas de medicina estética, es frecuente que en las entrevistas iniciales no siempre se encuentre el profesional que finalmente se vaya a ocupar de las actuaciones, motivo por el que el intercambio de informaciones no es directo: médico-paciente, algo que consideramos que puede llegar a afectar incluso a la validez del consentimiento.

Por contra, como vimos, entregar la información exclusivamente de forma verbal, no supone un incumplimiento de la *lex artis*, tal y como señaló el Tribunal Supremo resolviendo un supuesto en el que la norma en vigor era la Ley General de Sanidad. Se trata de la STS de 13 de octubre de 2009²⁶¹ en la que se resuelve sobre una intervención quirúrgica de carácter asistencial, en la que no se facilitó información por escrito al paciente. El Sumo Tribunal establece que la información no tiene que ser dada por escrito, sino que lo relevante es que la información se haya ofrecido realmente al paciente²⁶². En opinión de BELLO JANEIRO al analizar la referida STS, "la

²⁶⁰ SÁNCHEZ GÓMEZ, Amelia, "La información al paciente y" *op. cit.* Págs. 97 - 117.

²⁶¹ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 13 de octubre de 2009. Ponente D. José Antonio Seijas Quintana. RJ\2009\5564.

²⁶² Fundamento Jurídico Segundo.

exigencia de la constancia escrita de la información tiene, para casos como el que se enjuicia, mero valor <<ad probationem>>"²⁶³.

Por último, la información debe comprender *"como mínimo, la finalidad y la naturaleza de cada intervención, sus riesgos y sus consecuencias"*.

Al respecto del contenido de la información el artículo 4º.1 de la Ley 41/2002 solo recoge el llamado *contenido mínimo de la información* - como vimos anteriormente -, que se materializa en información al respecto de la finalidad, la naturaleza, los riesgos y las consecuencias de cada intervención²⁶⁴. Sin embargo, como hemos visto, hay muchos ejemplos jurisprudenciales que han llevado a la elaboración de una doctrina de exigencias mayores, que en la práctica suponen lo que desde los Tribunales se exige para entender que los médicos han cumplido el deber de informar y obtener el consentimiento informado antes de actuar. Es decir, en ocasiones parece que el mínimo legislativo resulta insuficiente para la jurisprudencia.

Un ejemplo de ello lo encontramos en la STS de 29 de mayo de 2003²⁶⁵ que recoge en su Fundamento de Derecho Primero más exigencias (en relación a la información) de las previstas, escasos meses antes, en la ya publicada ley 41/2002. Concretamente la resolución judicial establece:

"la información al paciente, ha dicho esta Sala, ha de ser puntual, correcta, veraz, leal, continuada, precisa y exhaustiva, es decir, que para la comprensión del destinatario se integre con los conocimientos a su alcance para poder entenderla debidamente y también ha de tratarse de información suficiente que permita contar con datos claros y precisos para poder decidir si se somete a la intervención que los servicios médicos le recomiendan o proponen".

²⁶³ BELLO JANEIRO, Domingo, "Comentario a la STS de 13 de octubre de 2009" en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*. Núm. 83. Mayo - Agosto de 2010. Pág. 1156.

²⁶⁴ Art. 4 de la Ley 41/2002: *"1. Los pacientes tienen derecho a conocer, con motivo de cualquier actuación en el ámbito de su salud, toda la información disponible sobre la misma, salvando los supuestos exceptuados por la Ley. Además, toda persona tiene derecho a que se respete su voluntad de no ser informada. La información, que como regla general se proporcionará verbalmente dejando constancia en la historia clínica, comprende, como mínimo, la finalidad y la naturaleza de cada intervención, sus riesgos y sus consecuencias. 2. La información clínica forma parte de todas las actuaciones asistenciales, será verdadera, se comunicará al paciente de forma comprensible y adecuada a sus necesidades y le ayudará a tomar decisiones de acuerdo con su propia y libre voluntad. 3. El médico responsable del paciente le garantiza el cumplimiento de su derecho a la información. Los profesionales que le atiendan durante el proceso asistencial o le apliquen una técnica o un procedimiento concreto también serán responsables de informarle"* (subrayado propio).

²⁶⁵ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección Única, de 29 de mayo de 2003. Ponente D. Alfonso Villagómez Rodil. RJ\2003\3916.

La exigencia de puntualidad, veracidad, exhaustividad, lealtad y precisión en la información se debe a la posibilidad del paciente de decidir sobre si pretende o no el tratamiento. Así, es fruto de la autonomía que la legislación consagra en pro de los usuarios de los servicios sanitarios. La autonomía hace que se deba relacionar la información con la capacidad individual del paciente, con sus habilidades y conocimientos. Esto, a su vez, hace que podamos hablar de una exigencia de información personalizada e individualizada.

No puede ofrecerse de igual forma la información para los pacientes de un concreto tratamiento (aunque fuera idéntico), dado que cada uno de ellos debe recibir información hasta que tenga capacidad de generar una elección al respecto del tratamiento y consentirlo concienzudamente, con total seguridad, por ello es indiferente que estemos ante dos pacientes a los que debe intervenírseles de lo mismo, lo relevante es que la información se adecúe al interesado y no viceversa. Además debe tenerse en cuenta en el momento de informar el historial clínico de cada paciente, la edad, la situación médica o de salud previa, la capacidad intelectual y de comprensión, y otros muchos factores, porque evidentemente cada individuo es distinto.

Por este motivo dentro de la STS de 29 de mayo de 2003 anteriormente citada, se recogen en el mismo Fundamento de Derecho Primero las teorías del Sumo Tribunal al respecto de los llamados *formularios de información*. Las instrucciones básicas de los tratamientos más frecuentes, que se solían entregar por escrito a los pacientes para que fuesen firmados. Estos formularios cumplían una doble función, servían como hoja general de información y además servían para recoger por escrito el consentimiento informado.

La firma de estos documentos *no supone*, según el Tribunal, que se haya recibido adecuadamente la información, cuando los formularios no se ajustan a las peculiaridades de cada caso, por cuanto son documentos impersonales y en los que obran muchos tecnicismos y conceptos que se escapan de la comprensión del ciudadano medio²⁶⁶. Esto enlaza con la idea anteriormente expuesta, de lo fundamental de la forma verbal de la información, situación en la que, durante la conversación, doctor y paciente

²⁶⁶ Concretamente la STS de 29 de Mayo de 2003 (FJ 1º) recoge al respecto de estos documentos: “*El consentimiento prestado mediante documentos impresos, carentes de todo rasgo informativo adecuado, como son los que quedan referidos, no conforman debida ni correcta información*”.

(o usuario) pueden intercambiar información, siendo más fácil para el profesional advertir si la misma es comprensible por el destinatario.

La STS de 15 de noviembre de 2006²⁶⁷ establece, siguiendo el hilo argumental de la anterior, que *"en ningún caso el consentimiento prestado mediante documentos impresos carentes de todo rasgo informativo adecuado sirve para conformar debida ni correcta información"* (FJ 2º).

Al respecto del *momento* en que debe otorgarse la información, la lógica nos hace creer que, necesariamente, debe informarse de forma previa a que se realice el acto médico, sin embargo, aunque eso es así, puede no ser el único momento de informar, pues como señala GALÁN CORTÉS *"debe tenerse en cuenta que la información para el consentimiento no se congela en un momento determinado, sino que puede plantearse en diferentes momentos a lo largo del proceso, en tal forma que en muchos supuestos el deber de información puede no terminar con el tratamiento, ya que tal obligación pesa sobre el médico mientras el enfermo se halle bajo su cuidado"*²⁶⁸. El consentimiento informado debe dejar de verse como un acto que se reduce a *informar* y *consentir* y debe pasar a considerarse más una *forma de actuar*, constantemente informando y solicitando consentimientos, mientras el paciente (o cliente) se encuentra bajo la supervisión o el tratamiento del profesional.

De hecho, si pensamos en el momento de informar lo deseable, especialmente en los casos médico-estéticos porque no tiene cabida que se actúe por urgencia, sería que el cliente y el médico se hubieran reunido en bastantes ocasiones para conversar al respecto de la futura intervención, de los riesgos, de la medicación, de la preparación preoperatoria y de las curas postoperatorias, y todos aquellos aspectos que sean relevantes para el intervenido. Estas reuniones, mantenidas durante un periodo de tiempo más o menos dilatado, contribuirían a que, según nuestra opinión, se genere verdadera voluntad cierta y necesaria para que el cliente pueda consentir el acto y, además, se concrete en lo que después figurase en el propio consentimiento expreso del cliente, cuando sea necesaria esa información expresa, o aún sin serlo, porque la práctica habitual es que los profesionales médicos de ámbito privado soliciten el consentimiento por escrito.

²⁶⁷ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1ª, de 15 de noviembre de 2006. Ponente D. José Antonio Seijas Quintana. RJ\2006\8059.

²⁶⁸ GALÁN CORTÉS, Julio César. *op. cit.* Pág. 36.

Abundando sobre el momento en que debe informarse y posteriormente consentirse, podemos referir la Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de octubre de 2015²⁶⁹, que establece, en su Fundamento de Derecho Tercero que, el consentimiento informado:

"es un acto que debe hacerse efectivo con tiempo y dedicación suficiente y que obliga tanto al médico responsable del paciente, como a los profesionales que le atiendan durante el proceso asistencial, como uno más de los que integran la actuación médica o asistencial, a fin de que pueda adoptar la solución que más interesa a su salud. Y hacerlo de una forma comprensible y adecuada a sus necesidades, para permitirle hacerse cargo o valorar las posibles consecuencias que pudieran derivarse de la intervención sobre su particular estado, y en su vista elegir, rechazar o demorar una determinada terapia por razón de sus riesgos e incluso acudir a un especialista o centro distinto".

No hay momento único, es un acto que requiere dedicación y puede requerir más de un intercambio de opiniones.

Antes de concluir, queremos hacer una muy breve referencia al *límite a la información asistencial* que se establece en el art. 5.5. de la Ley 41/2002, excepción que se conoce, por indicación del propio artículo como *estado de necesidad terapéutica*, y que supone que el profesional no informe de la situación a los pacientes, cuando *por razones objetivas el conocimiento de su propia situación pueda perjudicar* la salud del paciente. En estos casos, la norma obliga al profesional a dejar constancia en la historia clínica del hecho de que no se informa por necesidad terapéutica, y además obliga también a que se informe a los familiares, o personas vinculadas, de la situación y de la decisión de no informar al paciente. Consideramos que esta previsión difícilmente puede darse en un nuestro ámbito de estudio, salvo que viniera derivada de daños inesperados en el transcurso de la intervención, que generasen una situación donde la actividad satisfactiva se tornase terapéutica y, por evitar males mayores, se decidiera no informar al cliente convertido en paciente en ese momento.

Como ya hemos dicho, la información debe ser la adecuada para que el paciente pueda ejercer libre y conscientemente su voluntad. Parece obvio que para ejercer su voluntad debe conocer lo relativo a su situación y a los posibles tratamientos y consecuencias. Cuando se actúa así, el bien jurídico que se protege es el *libre ejercicio*

²⁶⁹ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1ª, de 23 de octubre de 2015. Ponente D. José Antonio Seijas Quintana. RJ\2015\4901.

de la autonomía personal del paciente o usuario de servicios sanitarios. Queda claro que volvemos a situarnos ante la primacía de la autonomía la cual es imposible sin la necesaria información, por ende, se puede ver el evidente cambio de paradigma, de la medicina paternalista, a la autodeterminación absoluta de los pacientes y clientes.

3.4. El consentimiento informado como *acto personalísimo*

Tras la aprobación de la Ley 41/2002, se dibujó en España un panorama de consentimiento informado generalizado, donde los individuos que deban ser intervenidos mediante distintas clases de actuaciones médicas serán, salvo casos excepcionales, *los únicos que podrán consentir las prácticas médicas*²⁷⁰. Tal y como señala BLANCO PÉREZ-RUBIO, la información (para el consentimiento informado) ha dejado de ser *cumulativa*²⁷¹. La autora hace referencia a la situación previa a la aprobación de la Ley, en la que el articulado de la Ley General de Sanidad aludía a la necesidad de informar a los pacientes *"y a los familiares o allegados"*²⁷², posición ya superada, pues actualmente, el artículo 5.1 de la Ley 41/2002 establece que *"el titular del derecho a la información es el paciente. También serán informadas las personas vinculadas a él, por razones familiares o de hecho, en la medida en que el paciente lo permita de manera expresa o tácita"*.

Resulta sencillo observar que se pasa de la necesidad de informar al paciente y a sus familiares o allegados a la situación en que el titular de la información es el paciente, y la información a las personas vinculadas dependerá de la expresa voluntad del mismo.

Sentado lo anterior, no cabe duda de que el consentimiento informado debe caracterizarse siempre como un acto personalísimo, pues, como veremos, incluso existe

²⁷⁰ El consentimiento se prevé como acto personalísimo y solo se acepta el consentimiento por representación en casos excepcionales, donde aunque no sea posible tener el consentimiento en primera persona del paciente, este será informado, como veremos, en atención a su grado de comprensión y posteriormente se consentirá por un tercero con especial vinculación.

²⁷¹ Señala la autora: *"Ya no se exige la información cumulativa a pacientes y <<familiares o allegados>>, como hacía el derogado art. 10.5 Ley General de Sanidad"*. BLANCO PÉREZ-RUBIO, Lourdes, (2013), *op. cit.* Pág. 45.

²⁷² Decía el artículo 10.5 de la Ley General de Sanidad: *"Todos tienen los siguientes derechos con respecto a las distintas administraciones públicas sanitarias: (...) 5.A que se le dé en términos comprensibles, a él y a sus familiares o allegados, información completa y continuada, verbal y escrita, sobre su proceso, incluyendo diagnóstico, pronóstico y alternativas de tratamiento"*.

la posibilidad de que sujetos sin capacidad de obrar puedan, con base en la regulación española, llegar a consentir por ellos mismos los tratamientos médicos que requieran. Esta posibilidad no es más que la garantía máxima de la autodeterminación de los pacientes y también de los usuarios de servicios médicos, pues ante un tratamiento médico, sea del tipo que sea, el principal interesado es el propio paciente y, por ello es fundamental que sea, en la medida de lo posible, esa persona interesada la que sea informada y la que consienta su tratamiento.

El consentimiento del paciente, además, siempre deberá depender de la información que, de forma previa, deberá ser facilitada en primera persona por el médico.

En el caso de que haya más de un facultativo atendiendo a un paciente, será responsable de que la información haya sido bien proporcionada el médico que actúe como interlocutor principal tal y como se recoge en la Ley 41/2002²⁷³, así como en el Fundamento de Derecho Segundo de la Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de septiembre de 2003, que literalmente lo indica²⁷⁴.

Así pues, y como bien establece DE LAS HERAS GARCÍA, el deber de información recae sobre el profesional y en favor de su paciente (o cliente, añadimos)²⁷⁵, pues solo cuando nos situemos frente a un paciente bien informado, podemos entender que nos encontramos ante un sujeto capaz de consentir el tratamiento médico que debe practicársele, o el tratamiento que ambiciona.

La información es un elemento esencial en el consentimiento del paciente y/o usuario de los servicios sanitarios. Existe, como se ha mencionado, una estrecha vinculación entre la información y el consentimiento informado, dado que, tal y como

²⁷³ Señala el apartado 3º del artículo cuarto de la Ley 41/2002 que "*El médico responsable del paciente le garantiza el cumplimiento de su derecho a la información. Los profesionales que le atiendan durante el proceso asistencial o le apliquen una técnica o un procedimiento concreto también serán responsables de informarle*".

²⁷⁴ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera, de 8 de septiembre de 2003. RJ\2003\6065. Ponente D. José Almagro Nosete. (Dice la Sentencia que: "*el médico no podrá excusar su observancia delegando, por tanto, en otros profesionales sanitarios jerárquicamente subordinados (ayudantes, enfermeros, etc.)*".)

²⁷⁵ Señala el autor: "*se trata de un deber directo y personal a cargo del médico y respecto a su paciente*". DE LAS HERAS GARCÍA, Manuel Ángel, "El deber de recabar el llamado "consentimiento informado" en *Estatuto Ético-Jurídico de la Profesión Médica*. Versión de Enero 2005. Publicado en VLEX, Id. Vlex: <http://vlex.com/vid/297104>. Pág.12.

recoge PELAYO GONZÁLEZ-TORRE, es un elemento fundamental para la toma de decisiones que realiza el sujeto afectado o que pretende la intervención²⁷⁶.

Como acto personalísimo, será imprescindible realizar una valoración de la capacidad de las personas²⁷⁷, para que el profesional pueda informar al sujeto que tiene un mayor interés en recibir la información y en consentir el tratamiento médico de que se trate.

3.5. Capacidad y consentimiento informado

La capacidad ligada al consentimiento informado se entiende en la actualidad, desde la aprobación de la ley 41/2002, como la *aptitud* del paciente o usuario de los servicios sanitarios para comprender la situación a la que debe hacer frente: aptitud que englobaría la comprensión de todos los aspectos relativos a la actuación médica que precisa o pretende, es decir, de todas las posibilidades de actuación, más con todas las respectivas consecuencias derivadas de cada una de las posibilidades.

Se trata de una capacidad estrechamente vinculada a la comprensión y a la madurez²⁷⁸, y más bien desvinculada de la capacidad de obrar, pues incluso en casos de incapacidad, la Ley 41/2002 obliga en el art. 5.2 a informar a los pacientes que se encuentran en situación de incapacidad. Aunque esos pacientes incapaces sean informados, se informará asimismo a sus representantes legales. Cuando el profesional considere que el paciente carece de capacidad para entender la información, el art. 5.3 de la Ley exige a los profesionales que proporcionen la información a las personas vinculadas al paciente.

Cuando hablamos sobre capacidad y consentimiento informado, es inevitable hablar sobre *menores de edad y consentimiento informado*. Sobre la madurez de los

²⁷⁶ Señala el autor que : "*consentir implica en todo caso, y especialmente en el ámbito de la toma de decisiones en intervenciones que afectan a la salud de la persona, recibir y entender información*". PELAYO GONZÁLEZ-TORRE, Ángel, *op. cit.* Pág. 79.

²⁷⁷ Como veremos en el próximo apartado.

²⁷⁸ En palabras de BLASCO IGUAL "*la suficiente madurez comporta la posibilidad de actuar antes del cumplimiento de los dieciséis años de edad. Y de acuerdo con ello, la capacidad natural de la persona es un presupuesto determinante a la hora de valorar la posibilidad de actuación*". Vid. BLASCO IGUAL, María Clara "El consentimiento informado del menor de edad en materia sanitaria" en *Revista de Bioética y Derecho*. Núm. 35. 2015. Págs. 32 - 42. (La cita se extrae de la página 38).

menores de edad, se ha pronunciado recientemente el legislador, en la Ley 26/2015²⁷⁹ y en la Ley Orgánica 8/2015²⁸⁰, que coinciden en señalar que los menores de edad con suficiente madurez deben estar informados e incluidos en la toma de decisiones al respecto de aspectos de su interés personal, uno de esos intereses personales consideramos que indudablemente es la propia salud.

El legislador coincide además en señalar que podemos entender a los menores maduros cuando tienen más de doce años (en general y no concretamente en el ámbito de la salud), pues, por ejemplo, la modificación que introduce la Ley Orgánica 8/2015 en el texto de la Ley Orgánica 1/1996 de protección jurídica del menor²⁸¹, establece literalmente "*se considera, en todo caso, que tiene suficiente madurez [el menor] cuando tenga doce años cumplidos*"²⁸². Sin embargo, veremos como esa madurez quizá en algunos casos no es suficiente como para que se llegue a posibilitar que un menor (pese a que haya sido informado acorde a su comprensión) consienta por sí mismo un tratamiento médico que requiere, situación ante la que se deberá acudir al consentimiento por representación.

Sea quien sea el paciente – como se observará a continuación – el médico deberá asegurarse de que, en la medida de sus posibilidades, está entendiendo a qué se está enfrentando, las posibles consecuencias de ello y también, las consecuencias de no tratarse; y consideramos que exactamente de igual modo sucede con los actos médicos de satisfacción. El cliente debe comprender todo lo relativo a la intervención que se pretenda. Reincidimos en que, en nuestra opinión, no cabe en la actualidad que se hagan distinciones o se informe más a aquél que no está enfermo, pues tanto el enfermo como el que no lo está tienen derecho a recibir, información completa, veraz y que sean capaces de comprender. En nuestra consideración, la autodeterminación de pacientes y

²⁷⁹ Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia. Publicada en el BOE núm. 180, de 29 de julio de 2015 (texto consolidado de octubre de 2015).

²⁸⁰ Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia. Publicada en el BOE núm. 175, de 23 de julio de 2015.

²⁸¹ Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial de Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Publicada en el BOE núm. 15, de 17 de enero de 1996 (texto consolidado de julio de 2015).

²⁸² Vid. DE LA IGLESIA MONJE, María Isabel, "El derecho a ser escuchado y la madurez del menor: su protección judicial en la esfera familiar" en *Revista crítica de derecho inmobiliario*. Núm. 759. Año 93. 2017. Págs. 345 - 369.

usuarios no hace distinciones atendiendo a la finalidad del acto, por lo que no entendemos que quepan esas distinciones.

Volviendo a la capacidad en el consentimiento informado, y a sus implicaciones, recordamos que otro de los aspectos relevantes es el carácter personalísimo del consentimiento informado. La regulación es clara en cuanto al *consentimiento informado de incapaces* – sean incapaces judicialmente o menores de edad no emancipados –, como veremos a continuación.

3.6 El consentimiento informado por representación

El titular del derecho a recibir la información siempre es el sujeto que debe ser sometido al actuar médico²⁸³. El problema es que en ocasiones el sujeto que recibe la información no ostenta *capacidad de obrar general*²⁸⁴. En estos casos, el legislador español decidió que, antes de observar la posibilidad de obtención del *consentimiento por representación* (esto es, el que se obtiene para subsanar esa incapacidad y emana de un familiar, tutor, representante legal o persona estrechamente vinculada al no capaz) el profesional debe, en algunos supuestos, atender a la *capacidad natural*, especialmente si se encuentra frente a un menor de edad no emancipado, que a su parecer (del médico) cuenta con *suficiente juicio*.

El profesional sanitario deberá informar de manera comprensible para el incapaz que debe ser tratado, así lo señala el inciso segundo del artículo 5 de la ley 41/2002 que literalmente establece "*el paciente será informado, incluso en caso de incapacidad, de modo adecuado a sus posibilidades de comprensión, cumpliendo con el deber de informar también a su representante legal*".

El consentimiento informado podrá ser obtenido sin necesidad de representación en algún supuesto concreto cuando el médico actúe ante menores no incapaces ni incapacitados, y mayores de 16 años, emancipados o no²⁸⁵. Sin embargo, la reforma de

²⁸³ Art. de la 5 ley 41/2002: "*1. El titular del derecho a la información es el paciente. (...)*".

²⁸⁴ Nos referimos a la *capacidad de obrar general* como aquella que emana de lo que establecen el artículo 12 de la Constitución Española y los artículos del Código Civil relativos a la capacidad de obrar (art. 315 siguientes y concordantes). Es decir, que se debe entender como *capacidad de obrar general* a la que se obtiene con la mayoría de edad.

²⁸⁵ Art. 9.4. de la Ley 41/2002: "*Cuando se trate de menores emancipados o mayores de 16 años que no*

la Ley 41/2002, operada por la Ley 26/2015²⁸⁶ ha matizado esta regla general en el sentido que a continuación observamos.

En la primera redacción de la ley 41/2002, el último inciso del artículo 9.3. era el que recogía que *"cuando se trate de menores no incapaces ni incapacitados, pero emancipados o con dieciséis años cumplidos, no cabe prestar el consentimiento por representación. Sin embargo, en caso de actuación de grave riesgo, según el criterio del facultativo, los padres serán informados y su opinión será tomada en cuenta para la toma de la decisión correspondiente"*, esta previsión hacía que la doctrina hablara de una *"mayoría de edad sanitaria"*, que además existe también en los países de nuestro entorno.

La modificación que se introduce en el año 2015 viene a alterar las previsiones normativas y a modificar, en el sentido de limitar, las reglas de la *mayoría de edad sanitaria*, el nuevo artículo 9.4 de la Ley 41/2002 ya no habla de que los progenitores de esos menores de 18 pero mayores de 16 sean informados, sino que habla de que en algunas situaciones (segundo párrafo), serán ellos los responsables de consentir: *"No obstante lo dispuesto en el párrafo anterior, cuando se trate de una actuación de grave riesgo para la vida o salud del menor, según el criterio del facultativo, el consentimiento lo prestará el representante legal del menor, una vez oída y tomada en cuenta la opinión del mismo"*²⁸⁷.

La modificación legislativa ha supuesto un cambio que no puede pasar inadvertido, de ser mayores de edad para las actuaciones relativas a su salud a partir de los dieciséis años y, en todo caso, informar a los progenitores en los casos más graves, se ha pasado a la situación en la que los mayores de 16 y menores de 18 son considerados capaces solamente cuando el acto médico no suponga un grave riesgo para su salud, en cuyo caso se les informa a ellos, pero quienes consentirán serán sus representantes legales.

Esta reforma choca con las previsiones de algunas normas autonómicas que, habían regulado la cuestión siguiendo la base que establecía el sentido anterior del

se encuentren en los supuestos b) y c) del apartado anterior, no cabe prestar el consentimiento por representación".

²⁸⁶ Referida anteriormente (vid. apartado 3.5).

²⁸⁷ Subrayado del fragmento propio, para enfatizar el cambio de orientación del legislador.

artículo 9, en el que lo fundamental era observar si el menor tenía "*suficiente juicio*", o lo que es lo mismo: la "*capacidad natural*".

Además, prudentemente consideramos que la reforma operada en el año 2015 también va en contra de la propia figura del *menor maduro*, que es la adaptación que se hizo en algunos países, como en España, de la idea conocida en el mundo anglosajón como *Gillick Competence*, y que proviene del proceso que en los años 70 del siglo XX siguió la Sra. Gillick en contra de las normas de salud sexual y reproductiva del Reino Unido, que permitía a las jóvenes menores de edad tener acceso a las primeras píldoras anticonceptivas²⁸⁸. Algo que en opinión de la Sra. Gillick suponía una vulneración de los derechos de la patria potestad²⁸⁹. La resolución del caso Gillick hizo que se comenzara a generalizar la idea de que, conforme iban creciendo, los menores iban pudiendo asumir más responsabilidades y ganando más capacidad. Este precedente del sistema del *common law* británico, que data de 1985 pese a que se había iniciado el proceso casi diez años antes, trascendió a la *Children Act* de 1989, una norma del Reino Unido pionera en incorporar la figura del *menor maduro*.

DE LAS HERAS GARCÍA al analizar la *Children Act* encuentra paralelismos entre la norma británica de 1989 y el Convenio de Oviedo de 1997, especialmente en lo que a la toma en consideración de la opinión del menor se refiere²⁹⁰. Sea como fuere, parece evidente que con la Ley 41/2002, las tendencias internacionales sobre menor maduro penetraron por fin en nuestro ordenamiento, pese a que en el momento actual

²⁸⁸ Sobre el caso Gillick: DOMÍNGUEZ LUELMO, Andrés, *Derecho Sanitario y responsabilidad médica. (Comentarios a la ley 41/2002)*. Ed. Lex Nova, 2ª edición. 2007. Valladolid. Págs. 359 y ss. Y también un artículo que tuve la oportunidad de publicar en el *Blog de Derecho de la Salud de EUPHARLAW* titulado "Las menores no maduras" disponible en <http://www.eupharlaw.com/es/las-menores-no-maduras/> desde septiembre de 2015.

²⁸⁹ La Sra. Gillick consideraba que la educación sexual y la salud sexual de sus hijas, durante la minoría de edad de las mismas era una materia ligada a la patria potestad que ejercía y no consideraba oportuno que el Estado pudiera configurar normas, como la de acceso a anticonceptivos que hiciera que sus hijas y, en definitiva, cualquier menor de edad, pudiera conseguir anticonceptivos sin el consentimiento de sus padres o tutores legales.

²⁹⁰ Señala literalmente el autor: "*el fundamento de esta novedosa capacidad para emitir el <<informed consent>> - a todas luces influida por el criterio anglosajón contenido en la <<Children Act>> de 1989 - , reconocida por el legislador en 2002, podría tratar de hallarse, en principio, relacionada con el párrafo 2º del art. 6.2 del Convenio de Oviedo << La opinión del menor será tomada en consideración como un factor que será tanto más determinante en función de su edad y su grado de madurez>> (...) sin embargo tales preceptos aluden en definitiva, a que el menor podrá opinar y que se atenderá a su opinión – que tampoco decisión –*". DE LAS HERAS GARCÍA, Manuel Ángel, "El deber de recabar el llamado "consentimiento informado"" en *Estatuto Ético-Jurídico de la Profesión Médica*. Versión de Enero 2005. Publicado en VLEX, Id. Vlex: <http://vlex.com/vid/297104>. Pág.12.

sigan realizándose cambios en la interpretación de esa madurez para con las cuestiones que afectan a su propia salud.

La opinión del autor citado nos lleva a un problema no del todo resuelto a día de hoy: ¿puede un menor de edad con suficiente juicio consentir ciertos tratamientos? ¿su capacidad de comprender – por ser un menor maduro – le faculta para rechazar un tratamiento que podría ser vital para él? O, por el contrario ¿sólo debe atenderse a su capacidad natural siempre y cuando el menor la use para autorizar tratamientos que le resulten favorables?

Especialmente interesante se torna este asunto, cuando tratemos, en los próximos apartados, la cuestión de los menores y el consentimiento informado en relación con los actos médicos de satisfacción con finalidad estética, sobre lo que hay realmente poco o nada dicho. Por ejemplo, ¿puede un menor, con diecisiete años consentir por sí mismo una intervención de rinoplastia o de liposucción? ¿Puede consentir un tratamiento médico-estético si no implica intervención quirúrgica? Si en vez de tratarse de intervenciones meramente estéticas, se sometiera a una intervención para introducir un balón gástrico en su estómago estando aquejado de una obesidad mórbida y se considerase que es una intervención curativa ¿podría consentirla por sí mismo?

Contestar estos interrogantes es tarea ardua, pues no existe unanimidad doctrinal y, pese a las reformas normativas, la ley no nos brinda todas las respuestas. Siguiendo con las ideas de DE LAS HERAS GARCÍA, que nos resultan realmente interesantes, es como mínimo paradójica la situación en la que vivimos actualmente, en la que coexisten situaciones cotidianas en las que se entiende que los menores no tienen ninguna capacidad de obrar, que conviven con otras en las que el menor puede decidir por sí mismo, pese a no haber alcanzado la plena capacidad de obrar²⁹¹.

El cambio de la ley 41/2002 operado, como hemos visto en 2015, hace que se desplace el deber de consentir de los menores a los progenitores o representantes

²⁹¹ Señala el autor: “no dejando de resultar paradójico que el artículo 323 CC exija al menor emancipado un plus de capacidad, un complemento de la misma a cubrir por parte de sus padres o, en su caso, curador para <<tomar dinero a préstamo, gravar o enajenar bienes inmuebles y establecimientos mercantiles o industriales u objetos de extraordinario valor (actos de acentuada naturaleza patrimonial)>> y, en cambio, dicho plus o complemento se evapore en el supuesto de decidir sobre el sometimiento a una actuación médica, con lo cual parece rodearse de menos garantías el interés personal que el patrimonial del menor, no dejando ello de resultar un tanto anacrónico”. DE LAS HERAS GARCÍA, Manuel Ángel, *op. cit.* Pág. 14.

legales, por lo que fomentará la existencia de más casos de *consentimiento informado por representación*, pues siempre que a juicio del profesional el acto sea de riesgo para el menor, pese a tener obligación de informarlo y oírlo, se podrá acudir al consentimiento de los representantes y no cabe duda de que ello pone a los profesionales en una situación en la que, al ser ellos los responsables de la realización del juicio de madurez, así como del juicio sobre el riesgo de la intervención, en casos de evidente discrepancias de pareceres entre los menores y los progenitores, será más sencillo para los mismos entender que la situación es grave y trasladar la responsabilidad del consentimiento a los representantes.

3.7. La voluntad del paciente en el consentimiento informado y el "*consentimiento desinformado*"

Cuando hablamos del consentimiento informado, existen dos aspectos que son fundamentales desde el punto de vista de los pacientes (o *pacientes-clientes*), estos requisitos son la capacidad y la voluntad de consentir. Al haberse tratado anteriormente la capacidad y también el consentimiento por representación, como solución para los casos en que no existe capacidad para consentir, en este apartado nos centramos en el *análisis de la voluntad de consentir*.

En primer lugar, cabe señalar que el consentimiento tras recibir la información siempre debe ser libre, prestado con el *animus* de hacerlo así por parte del interesado. De modo que siempre estaremos ante consentimientos que deben emanar sin que medie error, o una falta de información tal que haga que el paciente no pueda comprender las opciones existentes y/o el alcance que tendrá su consentimiento o el hecho de no consentir el tratamiento propuesto.

Consentir cierto tratamiento debe ser el resultado de un proceso de raciocinio personal del paciente o usuario de los servicios profesionales de los médicos. No puede el profesional utilizar la coacción, la intimidación, cualquier expresión de la violencia ni la manipulación para forzar a que el interesado consienta (de igual modo que tampoco puede hacerse para que consienta la celebración del propio contrato), pues en esos casos nos hallaremos frente a un consentimiento que deberá ser considerado como inexistente. Situación que supondrá que se está actuando, sin consentimiento, con las consecuencias

que se analizarán en apartados siguientes. Pero que se pueden resumir en que la actuación pasa a ser contraria a la *lex artis*, por lo que será más sencillo que de la misma puedan derivarse responsabilidades. Además, tal y como señala SÁNCHEZ GÓMEZ "*cabe referirse a la relación entre el defecto de la información al paciente y los vicios del consentimiento, en el sentido de que un consentimiento emitido en base a una información defectuosa, puede determinar que aquél esté viciado por error, o que tendría consecuencias en la validez del contrato al ser posible demandar su anulabilidad*"²⁹².

Como se observa, la autora vincula el defecto de información, que obviamente provoca un defecto en el consentimiento informado, con el propio defecto en el consentimiento contractual, alertada de que la celebración del contrato para las intervenciones suele ser paralela a la celebración del consentimiento informado del paciente (o *paciente-cliente*) que adquiere el servicio médico. Sin embargo, prudentemente pretendemos en este apartado poner en valor la relación de la voluntariedad del paciente como elemento fundamental no solo del *consentimiento legitimación contractual*, sino del propio *consentimiento informado* para el tratamiento que se esté informando por el profesional, pues será en el Capítulo III del presente estudio en el que se analice el consentimiento contractual *per se*.

La voluntariedad es una nota característica de los tratamientos y actos médicos sobre los que versa el presente estudio, por cuanto al ser tratamientos con fines meramente transformadores o modificadores y no pretender la sanación, jamás serán realizados por necesidad vital. Por ello, la declaración de voluntad que supone el consentimiento informado no puede, a nuestro juicio, faltar en nuestros actos objeto de estudio.

En la mayoría de ocasiones, el sujeto que debe consentir está influido por su círculo social y por los consejos de los profesionales sanitarios en el momento de tomar la decisión de consentir, pero esta influencia o incidencia no pueden alterar la voluntad propia y última del sujeto que debe decidir, tras recibir la información del profesional, si pretende o no consentir ese tratamiento. Como señala PALOMARES BAYO nos hallamos en la última fase de la evolución del consentimiento informado, una fase en

²⁹² SÁNCHEZ GÓMEZ, Amelia, *Contrato de servicios médicos y contrato de servicios hospitalarios*, op. cit. Pág. 92.

que el consentimiento se viene a llamar *consentimiento auténtico* pues emana del propio individuo²⁹³. Esto lleva a un punto tal que supone que el médico, de conocer que lo que el paciente está consintiendo no se ajusta a sus valores, deba preguntarse e indagar al respecto de si realmente se trata de un consentimiento absolutamente libre y voluntario.

En el ámbito de los actos médicos de satisfacción, los profesionales que reciben a un posible cliente suelen alentarlos a intervenir pormenorizando los riesgos y exagerando los beneficios de las intervenciones para así captar a los pacientes que dudan. Además, suelen emplearse materiales que dan apoyo visual y ayudan a acabar de convencer a los sujetos que puedan tener ciertos reparos. En estos casos cabría realizar un estudio al respecto de la voluntad, más aun cuando es por todos de sobra conocido que en las clínicas de estética más relevantes las primeras visitas, que son aquellas que tienden a la contratación, siempre las realiza el personal más comercial, con mejor preparación para la venta, sean o no médicos. Y en esas visitas se da mucha de la información que ayudará a la formación de la voluntad que acabará transformándose tanto en el consentimiento informado de los clientes, como en su consentimiento de cara a la celebración del contrato²⁹⁴.

Otro aspecto vinculado a la voluntariedad del consentimiento informado es que el consentimiento informado es *absolutamente revocable*. Puede revocarse en cualquier momento dentro del periodo que se comprenda desde que se autorizó la intervención hasta que se celebre definitivamente. La revocación es libre, sin necesidad de causa que la justifique, se puede realizar en cualquier momento, la ley solicita que se revoque por escrito el consentimiento informado²⁹⁵. Esta situación da lugar a que un mismo sujeto pueda consentir y revocar en múltiples ocasiones una misma intervención, motivo por el que consideramos fundamental que, tanto si se consiente de forma oral, como si se consiente de forma escrita, quede acreditado, mediante inscripción en la historia clínica, la fecha en que se consintió. También será necesario que se anote la fecha, en el caso de que se revoque un consentimiento informado previo.

²⁹³ Señala la autora: "*se entiende por consentimiento auténtico aquél que emana directamente del sistema de valores propio del individuo*". PALOMARES BAYO, Magdalena, (*et au*) *op. cit.* Pág. 63.

²⁹⁴ Otra vez volviendo a la idea muy audazmente señalada por SÁNCHEZ GÓMEZ, de la existencia de una confusión entre consentimiento informado y consentimiento contractual. *vid.* SÁNCHEZ GÓMEZ, Amelia, *op. cit.* Págs. 92 y ss.

²⁹⁵ Art. 8.5 "*El paciente puede revocar libremente por escrito su consentimiento en cualquier momento*".

Por último, en el presente apartado pretendemos analizar brevemente la figura de la *renuncia del paciente a ser informado*, situación donde existe un consentimiento pero podría decirse que el mismo es *desinformado* en vez de ser informado.

El artículo 4.1 de la Ley 41/2002 recoge expresamente la capacidad que tiene el paciente y usuario de los servicios sanitarios a renunciar a ser informados. No debe confundir el hecho de "no consentir", con el hecho de otorgar un *consentimiento desinformado* para ciertas actuaciones, donde el interesado desconoce realmente (y porque así lo desea) en qué va a consistir la intervención o intervenciones, pero consiente a que se le practiquen las mismas.

Este caso se da cuando el sujeto conoce que su situación requiere de actuación profesional y manifiesta su voluntad de que se realicen las prácticas oportunas, pero sin que se le informe de nada. Prudentemente consideramos que esta situación es una manifestación más de la autodeterminación del paciente, si bien no es la primera que consideramos cuando hablamos de autonomía de la voluntad, dado que tenemos interiorizado que la información es sinónimo de autodeterminación, mientras que en realidad, debemos apostar por la idea de que autodeterminación es más sinónimo de "libertad" que de "información". Aunque no cabe duda de que huir de la *medicina paternalista* supone también recibir más información, con el matiz de que se recibirá si se desea.

Mediante la renuncia a ser informado se da la opción al paciente para consentir "en blanco" o *desinformadamente*, cualquier intervención del médico que se ciña a un objetivo sanador sí previsto²⁹⁶. Tal y como señala ARCOS VIEIRA esta facultad, se conoce internacionalmente como <<derecho a no saber>> (*right not to know*)²⁹⁷ y señala la autora el surgimiento de esta figura hace más de veinte años, tras el reconocimiento por parte de la Organización Mundial de la Salud²⁹⁸ y posteriormente en

²⁹⁶ Hablamos de un acto sí previsto, por cuanto la literalidad del artículo 4.1 de la Ley 41/2002 prevé: "Los pacientes tienen derecho a conocer, con motivo de cualquier actuación en el ámbito de su salud, toda la información disponible sobre la misma, (...) toda persona tiene derecho a que se respete su voluntad de no ser informada". El subrayado del fragmento es propio para resaltar la idea.

²⁹⁷ La autora señalada realiza un extenso análisis de la figura del *derecho a no saber*, en ARCOS VIEIRA, María Luisa, "Consentimiento no informado: reflexiones en torno a la existencia de un <<derecho a no saber>> aplicado a la información clínica" en ARCOS VIEIRA, María Luisa (dir.), *Autonomía del paciente e intereses de terceros: límites*. Ed. Thomson Reuters - Aranzadi. 2016. Cizur Menor. Págs.23 a 71.

²⁹⁸ Se recoge - según la autora - en los *Principles of the Rights of Patients in Europe: A Common*

Convenio de Oviedo de 1997²⁹⁹ se reconoce en el artículo 10.2 la necesidad de respetar la voluntad de una persona de no ser informada³⁰⁰. Obviamente estos son los precedentes internacionales del señalado artículo 4.1. de la Ley 41/2002.

Vista la regulación sobre la cuestión, ARCOS VIEIRA llega a la conclusión de que *"se está refiriendo en todos los casos a un cierto poder de un sujeto de imponer a otros su interés en mantenerse en la situación de ignorancia de alguna información, interés que parece gestionar el paciente tomando libremente la oportuna decisión al respecto"*³⁰¹, es decir, el interesado impone a los demás su voluntad de no saber.

En estos casos, el sujeto que renunció a ser informado, puede solicitar a los profesionales que informen a una tercera persona, vinculada a él por vínculo familiar o de hecho. Es decir, que cabe que se actúe sin ser informado, pero que indique quién debe ser informado en lugar de sí mismo. El tercero al que puede informarse por designación del interesado no consentirá nada, dado que el consentimiento ya está otorgado, por el interesado, que consiente sin saber el qué, o más bien, sin tener toda la información que, según la propia norma, es necesaria para consentir. Es decir, en estos casos no estamos ante un supuesto de consentimiento por representación, sino que se trata de una situación distinta.

Es muy relevante que los profesionales recojan estos casos por escrito, en la historia clínica, para dejar constancia de que es la voluntad del paciente de que se actúe sin informar, también para evitar que alguien de su equipo informe al sujeto por desconocimiento de su voluntad a no ser informado. La ley 41/2002, así lo señala en el artículo 9.1 cuando establece que *"(...) cuando el paciente manifieste expresamente su deseo de no ser informado, se respetará su voluntad haciendo constar su renuncia documentalment e, sin perjuicio de la obtención de su consentimiento previo para la intervención"*. Además, es bueno que se deje constancia en la historia clínica de si hay o no algún familiar, o persona vinculada, designado por el interesado que está recibiendo la información en lugar del involucrado que rechaza ser informado.

Framework de 1994. Vid. ARCOS VIEIRAS, María Luisa, *op. cit.* Pág. 24.

²⁹⁹ Señala el artículo

³⁰⁰ Establece literalmente el art. 10.2. *"Toda persona tendrá derecho a conocer toda información obtenida respecto a su salud. No obstante, deberá respetarse la voluntad de una persona de no ser informada"*.

³⁰¹ ARCOS VIEIRA, María Luisa, *op. cit.* Pág. 45.

En la actualidad, esta práctica es común y se da, por ejemplo, en situaciones donde el sujeto está gravemente enfermo y se pretende intentar fórmulas para alcanzar la mejoría, o cuando el individuo es una persona extremadamente aprensiva o temerosa, aspecto que puede suceder también en los actos médicos de satisfacción, cuando las actuaciones a realizar son algo escabrosas³⁰².

En relación con los actos médicos de satisfacción con finalidad estética, coincide nuestra opinión con la de ARBESÚ GONZÁLEZ que señala que si un usuario de cirugía estética comunica su voluntad de no ser informado, debería respetarse³⁰³. La autora, reconoce la teórica aplicabilidad de la renuncia a ser informado pero, a renglón seguido, aconseja a los profesionales médicos a que, en caso de cirugía estética, se negase a prestar este servicio o informase pese a la negativa del *paciente-cliente*³⁰⁴.

No estamos de acuerdo, con esta solución propuesta por ARBESÚ GONZÁLEZ, pues consideramos que en realidad va en contra del derecho que la Ley 41/2002 consagra, y el hecho de encontrarnos ante medicina voluntaria no sería, a nuestro parecer, argumento suficiente para que el profesional pudiera vulnerar la capacidad de autodeterminación de su cliente. En lugar de informar forzosamente o negarse a realizar la intervención - como propone la autora citada -, consideramos que sería más apropiado aceptar la voluntad de no ser informado, recogerla por escrito en la historia clínica y, en todo caso, intentar que el cliente designara a alguien (pariente o allegado, persona especialmente vinculada) para que fuese informado en su lugar. Asimismo, se debería dejar constancia en la historia clínica, de la existencia de una persona especialmente vinculada al cliente que fue informada correctamente, para que se respetase la voluntad del paciente o cliente de no ser informado.

³⁰² Como por ejemplo las cirugías de corrección de mentón o las rinoplastias, donde en ocasiones la actuación de los profesionales es bastante agresiva sobre las estructuras óseas a corregir y la información puede generar bastante aprensión.

³⁰³ Señala literalmente la autora: "*cuando un usuario se dirige a un centro de cirugía estética y ante una determinada intervención quirúrgica, comunica su voluntad de no ser informado principalmente de los riesgos, dicha voluntad, en principio, ha de ser respetada y debe constar de forma escrita*". ARBESÚ GONZÁLEZ, Vanesa, *La responsabilidad civil en el ámbito de la cirugía estética*. Ed. Dykinson. 2016. Madrid. Págs. 256 y 257.

³⁰⁴ "*Razones de prevención harían aconsejable la denegación de la prestación de tal servicio ante la renuncia a recibir información sobre los riesgos de la intervención, o dicho con otras palabras, el médico informaría al paciente a pesar de la negativa de éste, a fin de proteger su propio interés como implicado directo en la actuación sanitaria*". Cit. *Supra* Pág. 257.

En nuestra opinión, la norma española reconoce una autodeterminación tal que es indiscutible la posibilidad de no ser informado y, pese a ello, consentir un tratamiento. De igual modo, la autodeterminación consagrada en la Ley 41/2002 hace que deba aceptarse la voluntad de un paciente de rechazar un tratamiento necesario (incluso cuando sea la única posibilidad terapéutica existente). Aunque bajo ningún concepto podrán consentir que les produzcan la muerte o que les realicen intervenciones con el mero objetivo de dañar, mermar o eliminar su vida e integridad física, pues en España no está autorizada la eutanasia³⁰⁵.

Así pues, hay que atender al paciente (y cliente) en tanto en cuanto puede rechazar tratamientos, una vez se le ha informado de ellos y también puede aceptarlos, pero habiendo previamente rechazado ser informado de todos los detalles y pormenores de los mismos, siempre que no suponga, ninguna de las dos actuaciones, que el paciente consienta una actuación médica que solo le reportaría daños o el fallecimiento.

3.8. Breve alusión a la excepcional intervención sin consentimiento informado

Como nos encontramos en el apartado encargado de la caracterización del consentimiento informado tal y como se encuentra el mismo recogido en nuestro país tras la aprobación de la Ley 41/2002, consideramos significativo hacer una muy breve alusión a las posibilidades existentes de que pueda intervenir en España sin consentimiento informado, pese a que debemos advertir de forma anticipada que consideramos que ninguna de estas posibilidades será frecuente que la encontremos en caso de acto médico de satisfacción con finalidad estética, pese a ello, no es imposible que puedan llegar a surgir situaciones en las que entren en juego.

³⁰⁵ No es este trabajo el lugar apropiado para abrir el debate de la eutanasia, que por otra parte no ha sido aún abordado frontalmente por el legislador estatal, pero sí que puede resultar significativo observar como diversas autonomías, ante la imposibilidad de regular la *muerte digna*, han decidido regular *el final digno de la vida*, y las previsiones que, en el final de sus vidas, los sujetos pueden realizar. Aunque también hay que observar que la ley 41/2002, y normativa posterior de desarrollo, configuran el régimen de *voluntades anticipadas*, que también se conoce como *testamento vital*, y que consiste en esa misma previsión en vida y con plena conciencia de qué prácticas médicas se autorizan y cuáles se rechazan, para un futuro caso de incapacidad sobrevenida. Sobre estas cuestiones realicé un artículo breve, que fue publicado en el *Blog de Derecho de la Salud de Eupharlaw* en el mes de mayo de 2015, titulado "¿Quién no desearía una muerte digna?" incluido en la bibliografía de la tesis.

En la regulación del consentimiento informado el legislador estableció *unas causas tasadas* que permiten a los médicos actuar sin el mismo, de cumplirse los requisitos excepcionales. Por lo general, estas excepciones obedecen a razones de necesidad, urgencia o por la prevalencia de un principio superior al de la autodeterminación del paciente, como puede ser el *interés general* o el *orden público*.

La Ley 41/2002 establece en su artículo 9.2 las circunstancias bajo las que cabe que el profesional sanitario intervenga sin haber obtenido previamente el consentimiento informado, es pacífico en la doctrina entender que estamos ante un listado *numerus clausus*.

La primera de las circunstancias es la existencia de un *riesgo para la salud pública a causa de razones sanitarias establecidas por la Ley*. PALOMARES BAYO entiende que esta excepción a la práctica habitual está relacionada con la facultad de las autoridades competentes de adoptar medidas de control de enfermos o de personas que hayan estado en contacto con enfermos³⁰⁶. En estos casos, el paciente será informado con posterioridad de las medidas que se toman y "*si el paciente no da su consentimiento, el médico debe contactar con el Juzgado de Guardia comunicando la situación*"³⁰⁷. Aunque esta excepción de orden público tiene cabida teórica en nuestros casos objeto de estudio, nos resulta poco probable que se dé, aunque no puede descartarse completamente, pensemos por ejemplo, que en el momento de contratar con un cliente, el médico sospecha de la existencia de algún riesgo de epidemia o grave perjuicio para la salud pública. Podría entrar en juego esta excepción dado que ningún ciudadano está libre de ella y, en virtud de la excepción, podría actuarse sin su consentimiento informado.

La segunda excepción prevista en el artículo 9.2. de la Ley 41/2002, es aquella en la que el actuar médico es necesario para evitar perjuicios muy graves – lesiones muy importantes o irreversibles – o un elevado riesgo de fallecimiento. Además de ese riesgo debe ser preciso que el actuar médico deba ser urgente, y que la posible dilación

³⁰⁶ Señala la autora: "*esta excepción está en relación con la facultad de las autoridades competentes para adoptar medidas de reconocimiento, tratamiento, hospitalización o control de los enfermos o de personas que estén o hayan estado en contacto con los mismos y con el medio ambiente inmediato, cuando se aprecien indicios racionales que permitan suponer la existencia de peligro para la salud de la población y especialmente en los casos de riesgos de carácter transmisible*". PALOMARES BAYO, Magdalena (*et au*), *op. cit.* Pág. 103.

³⁰⁷ *Cit. Supra*. Página 104.

temporal constituya una amenaza de dichos perjuicios o fallecimiento, y que no sea posible, de acuerdo con la urgencia de la situación, esperar a que se obtenga el consentimiento informado. Esta excepción supone el reconocimiento de la *primacía del derecho a la vida y a la integridad física*, por encima del derecho a la autodeterminación de los pacientes y usuarios de servicios sanitarios.

Aunque *a priori* podría pensarse que ésta actuación por extrema urgencia, no puede darse en los casos que centran nuestro estudio, pues son intervenciones que no cabe que se realicen por urgencia, sino que siempre deben ser previamente planificadas (y convenientemente informadas y consentidas) consideramos que sí podría darse esta excepción si en el ínterin de una intervención de carácter médico-estético, pase a ser necesario para la supervivencia o para evitar cualquier grave riesgo realizar algún acto que no estuviera previsto, y por ende, que no estuviera informado.

4. Características particulares del consentimiento informado en los actos médicos de satisfacción con finalidad estética

Vistas hasta aquí las características generales del consentimiento informado en nuestro ordenamiento jurídico, y pese a que se han hecho algunas breves alusiones a cuestiones particulares en el ámbito de los actos médicos de satisfacción con finalidad estética, en el presente apartado y epígrafes en él incluidos pretendemos ahondar en las particularidades que existen en el consentimiento informado cuando nos ubicamos ante una intervención de medicina voluntaria.

Como introducción, debemos advertir que desde la aprobación de la Ley 41/2002, consideramos prudentemente que deben ir reduciéndose las particularidades en el consentimiento informado entre los actos de medicina de curación y los actos médicos en los que se pretenda la satisfacción de los usuarios en aspectos que no afecten a una enfermedad.

Consideramos que no tiene demasiado sentido creer que el consentimiento informado es distinto cuando nos hallamos ante actos médicos de satisfacción con finalidad estética. Especialmente porque la Ley española señala que es necesario obtener el consentimiento informado para todas las intervenciones médicas, sin realizar distinciones en atención al tipo de acto médico, de igual modo que tampoco realiza

distinciones (la norma) cuando habla de los requisitos de la información para la validez del consentimiento.

En nuestra opinión, no pueden entenderse justificadas, con base en el ordenamiento jurídico positivo, las diferencias que la doctrina y la jurisprudencia han señalado y mantienen en relación con el consentimiento informado, atendiendo a que las actuaciones con finalidad estética son voluntarias, especialmente aquellas consideraciones al respecto de una información distinta en el caso de que la actuación que deba consentirse sea de medicina no curativa.

Así, en los epígrafes que se suceden, se analizarán las distinciones que se han consagrado en el ámbito del consentimiento informado cuando se realiza en actos médicos de satisfacción (especialmente las relativas a la información para el consentimiento informado y al consentimiento informado de menores en estas actuaciones) y se realizará la oportuna valoración sobre las mismas, intentando buscar la justificación de su existencia o de su permanencia en la actualidad.

4.1. La relevancia de la información en el consentimiento informado de actos médicos de satisfacción

Hemos visto al analizar las características generales del consentimiento informado que, en él, queda estrechamente vinculada la información con la capacidad de consentir y manifestar la voluntad. Por lo que el médico ya no está capacitado para “filtrar” o escoger la información que debe o no debe conocer el paciente³⁰⁸ desde un punto de vista paternalista, sino que el médico debe dar la información completa al paciente o usuario, y además adaptar esa información a la capacidad de comprensión del mismo.

Tradicionalmente se ha considerado que para lo que es nuestro objeto de estudio, esto es, los actos médicos de satisfacción con finalidad estética, la información a

³⁰⁸ Es cierto, que en algunos estadios de enfermedad muy avanzados, donde no hay esperanzas o hay muy pocas, el médico ante la posibilidad de que la falta de ánimos y la debilidad emocional del paciente puedan afectarle negativamente en un posible tratamiento, puede informar a los familiares y solicitarles a ellos el permiso para omitir ciertas informaciones, pero en esos casos, la información que se adecúe al mismo la recibirán sus familiares y si el paciente solicita información se le tendrá que facilitar, no ha lugar a omitírsele. Como veremos, esta situación es relativamente compleja que se dé en nuestro objeto de estudio.

proporcionar como paso previo a la obtención de un consentimiento informado puede incluso llegar a requerir datos estadísticos. Se busca que el cliente esté absolutamente seguro de lo que va a autorizar, pero en nuestra prudente opinión, como veremos, esto no puede suponer, desde la aprobación de la Ley 41/2002, una verdadera distinción para con los consentimientos informados de la medicina curativa, pues la autodeterminación hace que cualquier persona, con independencia del procedimiento médico ante el que se enfrente, deba estar convenientemente informada.

En relación con las intervenciones de carácter satisfactorio y no curativo³⁰⁹, según PELAYO GONZÁLEZ-TORRE uno de los motivos que hacen que se encuentren sentencias y argumentos doctrinales que consideran que algunos aspectos del consentimiento informado son distintos cuando nos situamos frente a medicina voluntaria, es el alcance de la obligación en estos casos³¹⁰.

Estas teorías parten de las siguientes premisas:

En virtud de la *no necesidad* de la intervención (o mejor, de su voluntariedad), en los casos de medicina estética, la enorme mayoría de la doctrina y de la jurisprudencia consideran que el régimen jurídico del consentimiento informado es distinto, o cuando menos más, que el deber de informar es más completo en el caso del consentimiento para prácticas estéticas.

Estas teorías surgen de resoluciones jurisprudenciales relativamente antiguas, como la STS de 25 de abril de 1994³¹¹ entre otras, que hablaban de una intensificación de la información, como parte del endurecimiento de la responsabilidad del profesional, por la voluntariedad de la práctica médica. En palabras de LLAMAS POMBO, al

³⁰⁹ Intervenciones de cirugía estética, intervenciones de esterilización o fertilización, y otros tratamientos con objetivos modificadores y no sanadores como los tratamientos con láser cutáneo, la ortodoncia estética, etcétera.

³¹⁰ Señala literalmente el autor: "*para entender la razón hay que aclarar que en este tipo de intervenciones la obligación del profesional médico no es ya una obligación de medios sino de resultado, y de ahí que se establezca, por ejemplo en Sentencia de la Sala de lo Civil de 11 de mayo de 2001, que se intensifican las obligaciones de informar al cliente, <<que no ya paciente>> – se dice –, tanto del posible riesgo que acarrea la intervención, especialmente si ésta es quirúrgica, como de las posibilidades de que la misma no comporte la obtención del resultado que se busca. En este tipo de actuaciones médicas se habrá de informar también de los cuidados, actividades y análisis posteriores que en su caso resulten precisos para el mayor aseguramiento del éxito de la intervención*". PELAYO GONZÁLEZ-TORRE, Ángel. *op. cit.* Pág. 101.

³¹¹ Que se refiere, como vimos en el primer Capítulo, a un caso de acto médico de satisfacción sin finalidad estética, sino con finalidad anticonceptiva, que falló.

analizar la referida sentencia de 1994, *el deber de información sí que debe alcanzar un resultado cierto* que será que el paciente tenga tanta información que pueda consentir con conocimiento suficiente³¹². Como se observa, incluso para la rama de la doctrina que considera que no cabe entender que existe una obligación de resultados en el ámbito de las intervenciones de medicina voluntaria, se consideró (y algunos autores lo siguen defendiendo³¹³) que el deber de información se intensifica en estos casos. En nuestra opinión, por contra, el deber de información siempre será una obligación de resultado y no solo en los casos de medicina estética, pues la consecuencia de una correcta información, será un correcto consentimiento.

Prudentemente consideramos que el hecho de que el médico deba dar toda la información en estos casos, no supone que deba dar más de la que daría si fuese un médico que trata a una persona enferma, sino que puede que hayamos asumido como algo normal que los profesionales dentro del ámbito asistencial informen poco, o menos de lo que les exige la normativa.

Es absolutamente cierto que nos hallamos frente a intervenciones voluntarias, pero no consideramos que exista razón para *no* informar a unos y *sí* a otros; o informar más a unos que a otros, dependiendo de cuanto de voluntario tenga su intervención³¹⁴. En todo caso, lo que sí queda claro es que, como no nos encontramos ante situaciones en las que quepa intervenir por razones de riesgo vital, no podrá alegar el profesional esa razón para actuar sin el preceptivo consentimiento, aspecto que es innegable. Quizá fruto de que se trata de una intervención negociada, la información podrá proporcionarse de una forma más relajada por parte del profesional, que si está actuando ante una persona enferma que precisa con más premura la intervención que debe realizar. Partiendo de la base de que no puede intervenir sin consentimiento informado, como regla general, y además de que el consentimiento para que sea válido

³¹² Literalmente señaló el autor: "*si bien en tales casos los deberes asistenciales se siguen moviendo en el ámbito de la obligación de medios, el deber de información sí ha de alcanzar un verdadero resultado: el efectivo conocimiento por el paciente - <<usuario>>, mejor dicho - del pronóstico, los riesgos, las alternativas de tratamiento, las posibilidades de éxito, y las medidas y precauciones necesarias*". LLAMAS POMBO, Eugenio, "Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de abril de 1994" en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*. Núm. 36. Septiembre - Diciembre 1994. Pág. 1013.

³¹³ La Dra. ARBESÚ GONZÁLEZ es una de las representantes, en la actualidad, de esta línea de pensamiento, y se manifiesta favorable a una información más completa. *Vid.* ARBESÚ GONZÁLEZ, Vanesa, *op. cit.* Pág. 247 y siguientes.

³¹⁴ Además insistimos en que no hallamos justificación en el ordenamiento jurídico que de pie a generar esa distinción entre enfermos y sanos.

parte de una información que debe ser completa, veraz y comprensible para el interesado, la premura no debería ser excusa para que la información fuese peor en caso de medicina de sanación.

Además de la voluntariedad de la intervención, otro argumento que ha justificado y aún justifica las posturas tendentes a defender la existencia de diferencias en la información es la propia *finalidad de la intervención*, que indudablemente es distinta. Y ello nos lleva a no observar la finalidad terapéutica, motivo por el que durante mucho tiempo se pensó desde la jurisprudencia y la doctrina que el consentimiento informado era más importante en los casos de intervenciones voluntarias y de medicina satisfactiva que en los casos de medicina sanativa. Sin embargo, el cambio de paradigma que se traduce en el giro hacía la autodeterminación absoluta de pacientes y usuarios nos lleva al punto siguiente: la información que deben recibir, tanto los pacientes como los clientes, debe cumplir los requisitos observados en los apartados correspondientes, puesto que en la actualidad, *no es menos libre el paciente que el cliente*.

Pese a lo expuesto, aun hoy, existe el llamado *privilegio terapéutico* que rige en las intervenciones con finalidad curativa, por el cual cabría restringir la información que se facilita al paciente en el caso de que pueda tener un efecto negativo en el desarrollo de la enfermedad. Este privilegio obviamente no está presente en el caso de las intervenciones no curativas, pues no existe una *situación de debilidad*³¹⁵.

Desde el punto de vista de la jurisprudencia española hay un número de resoluciones nada desdeñable que remarcan la importancia de informar en estos casos. Sentencias que configuraron una jurisprudencia que, pese a que hace más de diez años que rige la Ley 41/2002, aún encontramos aludida en jurisprudencia menor, que resuelve casos en los que la norma aplicable es la dicha Ley, como es el caso de la Sentencia de la Audiencia Provincial de Almería, de 16 de enero de 2015³¹⁶, que recoge los argumentos que consideramos, dicho sea con el mayor de los respetos, que quizá

³¹⁵ Señala PELAYO GONZÁLEZ-TORRE: "ya que su razón de ser se encuentra en la peculiar situación de debilidad y acaso angustia en que se encuentra la persona enferma, y en las dificultades que puede acarrear para que tome una decisión el hecho de recibir cierta información que el paciente debe recibir, sólo posible en casos de medicina curativa". Vid. PELAYO GONZÁLEZ-TORRE, Ángel, *op. cit.* Pág. 104.

³¹⁶ Sentencia de la Audiencia Provincial de Almería, Sección 3ª, de 16 de mayo de 2015. Ponente D. Jesús Martínez Abad. AC\2015\523.

deberían ser obsoletos. Dicha SAP expone, en su Fundamento de Derecho tercero que *el deber de información reviste una especial intensidad* y comprende aspectos que realmente no están previstos como contenido de la información en la norma española, pero que en base a jurisprudencia ya clásica del Tribunal Supremo (SSTS de 28 de junio de 1997, de 27 de abril de 2001, de 22 de julio de 2003,... que son más antiguas que la actual Ley 41/2002), se configuraron distintos niveles o grados de exigencia en el consentimiento informado (doctrina de los grados de información), dando una mayor rigurosidad a la información requerida para consentir cuando menos necesaria para la salud del paciente fuera la intervención³¹⁷.

Pues bien, consideramos que hay que hacer ciertas apreciaciones. En primer lugar, las SSTS de 28 de junio de 1997, 27 de abril de 2001, 22 de julio de 2003 y 29 de octubre de 2004³¹⁸, indicadas al inicio del fragmento citado, se corresponden con aquellas a las que nos referimos como generadoras de una corriente, según la cual, es preciso que un sujeto reciba más información ante intervenciones no curativas, porque son voluntarias y los riesgos se corren sin que exista una verdadera necesidad. Como vimos, la Ley 41/2002 - que no estaba vigente en los momentos en que produjeron los hechos que el Supremo analiza en estas sentencias - altera, en nuestra opinión, completamente esta previsión ya que a todo el mundo deberá informarse de todo lo que se requiera, incluidos los riesgos más imprevisibles en medicina curativa, si los propios pacientes preguntan por ellos.

³¹⁷ Literalmente señala el Fundamento de Derecho Tercero de la SAP Almería: "*El deber de información reviste especial intensidad en los casos de medicina no estrictamente necesaria (SSTS de 28 de junio de 1997, 27 de abril de 2001, 22 de julio de 2003 y 29 de octubre de 2004). En la medicina satisfactiva la información debe ser objetiva, veraz, completa y asequible, y comprende las posibilidades de fracaso de la intervención, es decir, el pronóstico sobre la probabilidad del resultado, y también cualesquiera secuelas, riesgos, complicaciones o resultados adversos que se puedan producir, sean de carácter permanente o temporal, con independencia de su frecuencia, dada la necesidad de evitar que se silencien los riesgos excepcionales ante cuyo conocimiento el paciente podría sustraerse a una intervención innecesaria o de una necesidad relativa (SSTS de 12 de febrero de 2007 y 23 de mayo de 2007). En el mismo sentido se pronuncia la Sentencia de 17 de abril de 2007: "el consentimiento informado, según reiterada jurisprudencia de esta Sala, presenta grados distintos de exigencia según se trate de actos médicos realizados con carácter curativo o se trate de la llamada medicina satisfactiva. En relación con los primeros puede afirmarse con carácter general que no es menester informar detalladamente acerca de aquellos riesgos que no tienen un carácter típico por no producirse con frecuencia ni ser específicos del tratamiento aplicado, siempre que tengan carácter excepcional o no revistan una gravedad extraordinaria".*

³¹⁸ Todas ellas convenientemente incluidas en el listado de jurisprudencia analizada al final de la presente tesis.

Por lo tanto, en el momento actual, no consideramos que resulte justificada la diferenciación, por el mero hecho de que algunas intervenciones estén desvinculadas de la curación, dado que de ello resultaría una situación en la que se admite el grado, en relación con la autodeterminación de los pacientes o clientes. Si aún hoy tuviera sentido la corriente jurisprudencial analizada, cuanto menos necesario fuese el actuar médico mayor autodeterminación tendría el sujeto, y ello va, a nuestro juicio, en contra del régimen jurídico establecido, primero por el Convenio de Oviedo de 1997 y, posteriormente, por la Ley 41/2002 y la normativa que la desarrolla.

De las Sentencias más antiguas señaladas por la SAP de Almería, creemos necesario detenernos con mayor profundidad en la Sentencia de 22 de julio de 2003³¹⁹, en la que se enjuicia un caso de *mala praxis* en una intervención de cirugía estética. En ese supuesto la demandante acusó al profesional de haber dejado en sus senos unas cicatrices antiestéticas de las que no se había informado de forma previa a la realización de la intervención, demandando tanto al profesional como al centro médico. En la primera instancia (ante un juzgado de Barcelona) se condenó exclusivamente al profesional, absolviéndose tanto al centro médico como a la aseguradora de la clínica. En la Audiencia Provincial del Barcelona, se absolvió al médico que había recurrido en apelación, desestimando entonces todas las pretensiones de la actora. Sin embargo, en el recurso de casación que se interpuso ante el Tribunal Supremo, se casó la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona y se confirmó la de Primera Instancia, que condenaba al profesional al pago de una indemnización por las lesiones provocadas.

La base argumental para la condena al profesional fue el defecto de información, pues tal y como se expone en el Fundamento de Derecho Primero de la STS, en la apelación se había entendido que existió la información porque en un momento previo a la misma, la perjudicada ya había ido a informarse y tras dicha información decidió no intervenir. Es posteriormente, casi dos años después, cuando la demandante acude nuevamente a esa intervención de mejora del aspecto de su pecho (extrayendo prótesis antiguas e introduciendo unas nuevas) y en ese momento quedó probado que no se había informado suficientemente a la perjudicada. El Sumo Tribunal establece -recogiendo un argumento de la recurrente- que la información que recibió la primera vez que quiso intervenir es "*una información anterior, admitiendo su existencia, pero*

³¹⁹ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 22 de julio de 2003. Ponente D. Alfonso Villagómez Rodil. RJ\2003\5391.

no una información actualizada, puntual y precedente a la intervención objeto del pleito" y en ese mismo Fundamento de Derecho Primero, el TS señala el defecto de información, al indicar que *"la jurisprudencia exige e impone que para estos supuestos se acrecienta la obligación del facultativo"* y que *"no se trata de una información oportuna y efectiva [la que se había facilitado tanto tiempo antes]"*, pues debería haberse informado de los riesgos previsibles e incluso frecuentes, para poder ser valorados por el paciente.

Como se observa, en el caso que se enjuicia el motivo del defecto en la información no era que la información tuviera que ser más exhaustiva por ser un caso de cirugía estética, sino que no existió información suficiente sobre los riesgos más típicos y frecuentes de la intervención³²⁰, para consentir la actividad que se contrató en un momento correcto, motivo por el que, según nuestro entender, el Tribunal Supremo condenó al profesional de igual modo que había sido condenado por el Juzgado de Primera Instancia.

RIBOT IGUALADA realiza un comentario interesante de la Sentencia expuesta cuando señala que el Sumo Tribunal *"se expresa en la sentencia que se comenta con gran ambigüedad, y es difícil estar seguro de cuál es la verdadera razón para condenar al cirujano demandado"*³²¹, esta apreciación del autor se debe a que, fruto de los argumentos que aparecen en la STS, podemos llegar a pensar que lo que causa la condena del doctor demandado es la mala praxis en la realización de la intervención que finalizó con una secuela de enormes cicatrices antiestéticas en forma de T invertida en ambos senos, pero también podría ser el defecto de información, porque no queda suficientemente argumentado por el Sumo Tribunal el motivo final de la condena, en una sentencia que es verdaderamente escueta y en la que conviven daños personales derivados del deficiente cumplimiento de la actividad contratada (sustitución de prótesis mamarias) y una prácticamente inexistente información, por lo que la intervención se realizó sin que hubiera existido el preceptivo consentimiento informado.

Si nos centramos en la información y dejamos de un lado el alcance del contrato celebrado, que podría ser el de una obligación de resultado según señala el propio

³²⁰ Pues una cicatriz es un riesgo típico cuando la intervención es quirúrgica.

³²¹ RIBOT IGUALADA, Jordi, "Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de julio de 2003" en *Cuadernos Cívitas de Jurisprudencia Civil*. Núm. 64. Enero - Abril de 2004. Págs. 395 - 417. (La cita se extrae de la Pág. 400).

RIBOT IGUALADA³²², quizá el mayor nivel de exigencia de exhaustividad en la información podría estar vinculado con el alcance de la obligación de información³²³. Sin embargo, el autor, tal y como nosotros también hemos expuesto previamente, señala que en este caso concreto la STS no está hablando de la necesidad de informar riesgos atípicos, sino los riesgos eventuales de la intervención, como en este caso concreto eran las cicatrices que podían existir.

Consideramos muy reseñable señalar una contradicción en la que observamos que cae el autor al comentar la sentencia, pues en primer lugar establece que, a su parecer, la idea de la mayor rigurosidad en la información ante este tipo de intervenciones "*tiende a perder fuerza cuando los tribunales generalizan la garantía de una información de amplio alcance - que debería incluir tanto los riesgos frecuentes como los excepcionales o remotos - a toda intervención o tratamiento*"³²⁴, argumento que no podemos más que compartir y agradecer, pero que, sin embargo, en la conclusión del apartado, el propio autor corrige, al exponer que "*en relación con las intervenciones de cirugía estética, aunque la Ley no distinga, un deber de informar más riguroso abarcaría todos los riesgos, complicaciones y secuelas asociados a la intervención y con independencia de su probabilidad o de la frecuencia con que se realicen*"³²⁵.

En nuestra opinión, el autor, no quiso en ese momento (año 2004) profundizar en su argumentación un tanto disidente con la regla que ya llevaba más de diez años aplicándose y que exigía (y sigue haciéndolo) una mayor rigurosidad en la información para casos de intervenciones estéticas o no curativas. Pero había ya advertido el inexistente apoyo normativo que tiene esta teoría de construcción jurisprudencial y apoyo mayoritario doctrinal.

³²² En su comentario a la STS señala, la posibilidad de que el motivo de condena haya sido que para la Sala Primera haya sido la existencia de una obligación de resultado, aunque critica la poca argumentación a tal respecto que realiza la resolución, e incluso critica también la propia existencia de esa idea de obligación de resultado en estos casos. Vid. RIBOT IGUALADA, Jordi "Comentario ..." *op. cit.* Págs. 400 a 404.

³²³ Señala el autor: "*el mayor rigor exigido a los médicos en la práctica de esas especialidades estaría relacionado más bien con el alcance de la obligación de información (...) hay que poner el acento en el deber de información del paciente*". RIBOT IGUALADA, Jordi, *op. cit.* Pág. 404.

³²⁴ *Cit. Supra.* Pág. 408.

³²⁵ *Cit. Supra.* Pág. 409.

La SAP de Almería de 2015 anteriormente citada, también hace alusión a la Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de abril de 2007³²⁶ que, en un caso de medicina curativa (y aún aplicando la LGS anterior a la Ley 41/2002), consideró que podía seguir vigente la doctrina de los grados de información, manteniendo que:

*"El consentimiento informado, según reiterada jurisprudencia de esta Sala, presenta grados distintos de exigencia según se trate de actos médicos realizados con carácter curativo o se trate de la llamada medicina satisfactiva. En relación con los primeros puede afirmarse con carácter general que no es menester informar detalladamente acerca de aquellos riesgos que no tienen un carácter típico por no producirse con frecuencia ni ser específicos del tratamiento aplicado, siempre que tengan un carácter excepcional o no revisten una gravedad extraordinaria"*³²⁷.

Esta STS daba a entender que, en caso de sí estar ante un acto médico no curativo (sino voluntario) sí que podría aplicarse un nivel de consentimiento informado en el que sí fuera menester informar detalladamente de aquellos riesgos más atípicos, cosa que en el caso concreto no se consideró necesario, visto que se estaban enjuiciando unos daños provocados en el ámbito de la medicina de curación.

Prudentemente nos gustaría señalar que, en nuestra opinión, esta STS realiza una interpretación que no puede actualmente convivir con la Ley 41/2002, entendemos que porque era otra la norma aplicable al caso. Preceptos como el artículo 10 de la Ley 41/2002 podrían ser un argumento favorable a la *destrucción de la doctrina de los grados de información*, si observamos que el artículo 10 (apartado 1º) señala literalmente:

"1. El facultativo proporcionará al paciente, antes de recabar su consentimiento escrito, la información básica siguiente:

- a) Las consecuencias relevantes o de importancia que la intervención origina con seguridad.*
- b) Los riesgos relacionados con las circunstancias personales o profesionales del paciente.*
- c) Los riesgos probables en condiciones normales, conforme a la experiencia y al estado de la ciencia o directamente relacionados con el tipo de intervención.*
- d) Las contraindicaciones".*

³²⁶ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1ª, de 17 de abril de 2007. Ponente D. Juan Antonio Xiol Ríos. RJ\2007\3541.

³²⁷ Fundamento de Derecho Tercero *in fine*.

No vemos, por ningún lado, que el citado artículo 10.1 pueda dar lugar a considerar que deba ofrecerse una información distinta según sean intervenciones curativas o satisfactiva³²⁸. Por ello, si bien consideramos afortunado el hecho de no exigir que se informe de hechos extraordinariamente atípicos, como es el caso que sentencia el TS el 17 de abril de 2007, consideramos innecesario, señalar que si se tratara de una intervención estética o satisfactiva sí que debería informarse de esos riesgos, pues creemos que ello consolida una teoría que en el momento de promulgarse la Sentencia debería estar ya en fase de superación, algo que no ha sucedido hasta el día de hoy.

Sentado lo anterior, debe quedar claro que no consideramos que la información sea poco relevante, sino que es tan relevante como cuando estamos ante intervenciones curativas. Los profesionales, en todos los casos, son los responsables de informar correctamente, de forma completa, comprensible, adecuada y veraz, y tanto los pacientes como los clientes tienen que tener un espacio para consultar con el profesional todos los aspectos que le presenten dudas al respecto de la actividad que deben consentir³²⁹.

Debemos señalar la existencia de una postura que, como humildemente defiende, también considera injustificada la necesidad de una mayor exhaustividad en la información en casos de actos médicos de satisfacción, pero que al contrario de lo que defendemos, considera que a los pacientes y a los usuarios y clientes, debe informárseles de forma poco exhaustiva. Me refiero a posturas de autores como BLANCO PÉREZ-RUBIO (y otros) que consideran que, tanto en casos de medicina voluntaria, como en casos de medicina curativa *"la información no debe ser excesivamente exhaustiva porque ello a lo que puede conducir es a confundir al*

³²⁸ Reiteramos que conocemos que la resolución debía enjuiciar con la norma vigente anteriormente, esto es, la Ley General de Sanidad, pero ya hacía un largo periodo de tiempo que la Ley 41/2002 estaba vigente, y podía haber servido de inspiración en la resolución, más teniendo en consideración que la STS que se está comentando no entraba a valorar una intervención médica voluntaria, por lo que en vez de alegar que los riesgos más atípicos podrían haber sido analizados en esa hipótesis, podría simplemente no haber hecho alusión a ellos.

³²⁹ De otro modo, sería bastante extraño apoyar tesis como la de que los pacientes cada vez exigen una mayor información e, incluso, acuden a otros medios (internet o segundas opiniones médicas o sanitarias) para informarse, sería raro considerar esta realidad que nos es contemporánea y que han señalado autores como SÁNCHEZ GÓMEZ entre otros, y seguir defendiendo que la información en los casos no curativos debe ser más exhaustiva. (vid. SÁNCHEZ GÓMEZ, Amelia, "La información al paciente y el consentimiento informado en el derecho español. Referencia legal y jurisprudencial. La praxis médica." *op. cit.* Págs. 97 - 98).

paciente"³³⁰, la autora considera que *"un exceso de información transmitida provocará su inadecuación (...) resultará innecesaria e inútil y puede ser perjudicial y originar daños psicológicos innecesarios, con toma de decisiones contrarias por saturación informativa que es también desinformación"*³³¹.

Con esta postura doctrinal solo coincidimos en lo que se refiere a la inexistencia de motivos para que se informe más exhaustivamente a unas intervenciones que a otras, pero no estamos de acuerdo en la idea de que la información deba proporcionarse en escasa medida, sino que somos más favorables a considerar que, tal y como señala la norma, deberá proporcionarse una información completa, veraz y comprensible y, además, responder y solventar las dudas que el paciente o el cliente manifiesten a los profesionales.

Somos más partidarios de las ideas de ARCOS VIEIRA que señaló que el criterio de una mayor exhaustividad no se ajusta a los requisitos que establece la Ley 41/2002 que lo que busca es que la información proporcionada sea adecuada al paciente y le ayude a tomar una decisión libre y meditada³³².

4.2. Los menores y el consentimiento informado en actos médicos de satisfacción con finalidad estética

Visto el tema del consentimiento informado de personas incapaces, que se realiza por representación³³³, en el presente epígrafe pretendemos desarrollar la cuestión del consentimiento informado en los menores de edad, pero específicamente vinculado a la cuestión de los actos médicos de satisfacción.

Como sabemos, en el Derecho Civil los menores tradicionalmente han sido considerados como incapaces para celebrar negocios jurídicos, entre los cuales se

³³⁰ BLANCO PEREZ-RUBIO, Lourdes, *La carga de la prueba por omisión de información al paciente*. Ed. Marcial Pons. 2013. Madrid. Pág. 64.

³³¹ *Cit. Supra*. Pág. 65.

³³² Señala la autora: *"la exhaustividad ya había sido criticada por excesiva y contraproducente, y no parece responder al nuevo modelo de la LBAP que prioriza el hecho de que la información sea adecuada a las necesidades del paciente"*. ARCOS VIEIRA, María Luisa, *Responsabilidad Sanitaria por Incumplimiento del Deber de Información al Paciente*. Ed. Thomson Aranzadi. 2007. Cizur Menor. Pág. 117.

³³³ *Vid.* Apartado 3.6 del presente Capítulo.

encontraba otorgar su consentimiento informado. Sin embargo, en la actualidad cada vez se les concede más margen de actuación, o visto de otro modo, cada vez hay más excepciones a la regla general de que la plena capacidad de obrar se obtiene con la mayoría de edad.

El artículo 315 del CC establece que "*la mayor edad empieza a los dieciocho años cumplidos*", sin embargo, aunque ese es el momento en que un menor de edad no incapacitado judicialmente, pasa a adquirir la plena capacidad de obrar, antes de ese momento, tendrá cierto margen para la actuación autónoma, en el ámbito de su capacidad natural. Por ejemplo, la Ley 41/2002 fija una suerte de *mayoría de edad sanitaria* en los dieciséis años, para todos aquellos actos médicos que no tengan una entidad tal, que deban ser consentidos por los representantes legales de los menores.

Como vimos, esta minoría de edad calificada, surge a raíz de debates internacionales, especialmente tras el caso Gillick, que penetraron en nuestro ordenamiento jurídico al ser plasmados en el Convenio de Oviedo de 1997 que señala que "*la opinión del menor será tomada en consideración como un factor que será tanto más determinante en función de su edad y su grado de madurez*"³³⁴.

Sin embargo, como hemos referido, es la Ley 41/2002, la que habla de que menores que sean mayores de dieciséis años consentirán por sí mismos las intervenciones médicas³³⁵, salvo lo referido a aquellas en que se deba recabar el consentimiento de los padres, por la gravedad de la intervención.

Para los actos médicos de satisfacción con finalidad estética no existen previsiones específicas, motivo por el que consideramos que el consentimiento informado de menores en este campo, deberá seguir las reglas generales ya expuestas, de modo que, los menores de edad no emancipados, mayores de dieciséis años, pueden, por sí mismos, otorgar el consentimiento informado para las intervenciones estéticas menos graves y, requerirán el consentimiento de sus progenitores o representantes legales, cuando las intervenciones resulten de gravedad para su salud.

³³⁴ Artículo 6.2., segundo inciso, del Convenio de Oviedo de 1997.

³³⁵ Concretamente en el art. 9.4 de la Ley 41/2002, que recordamos establece: "*4. Cuando se trate de menores emancipados o mayores de 16 años que no se encuentren en los supuestos b) y c) del apartado anterior, no cabe prestar el consentimiento por representación*".

Sin embargo, la Ley 41/2002 no define qué actuación puede considerarse *de grave riesgo para la vida o salud del menor*, sino que designa al facultativo como responsable de considerar cuándo se precisará, por este motivo, el consentimiento de los padres o representantes legales del menor³³⁶. Así que no existe una pauta común que, para todos los casos, señale qué intervenciones se consideran de grave riesgo y cuáles no.

Visto esta situación, hemos intentado que la entidad SECPRE (Sociedad Española de Cirugía Plástica, Reparadora y Estética), nos manifestara su postura al respecto de esta cuestión. El organismo ha atendido nuestra solicitud de información, mediante correo electrónico, en el que expresan que, aunque como sociedad científica no pueden posicionarse sobre cuestiones jurídicas, "*por norma general desaconsejamos las intervenciones quirúrgicas en pacientes que no hayan alcanzado la mayoría de edad a todos los efectos (18 años), excepto para aquellos casos con objetivos reparadores que a la opinión pública inexperta pudiesen parecer ejemplos de cirugía estética: orejas prominentes, hipertrofia mamaria virginal, etc.*". Es decir, desde la sociedad científica de medicina estética y reparadora española se considera que las intervenciones en menores solo deben realizarse cuando tienen más una finalidad reparadora que estética.

En nuestra opinión sin embargo consideramos que, pese a los argumentos de SECPRE, pueden darse (y de hecho se dan) intervenciones meramente estéticas en el caso de menores, y el hecho de que las personas que las soliciten sean menores no convierte estas intervenciones con finalidad estética en intervenciones curativas o reparadoras.

En datos de 2014 publicados en su propia web, la SECPRE literalmente establece que³³⁷, <<*sólo el 1,3% de las intervenciones de cirugía estética*³³⁸ en España

³³⁶ Tras la reforma operada en septiembre de 2015, el apartado cuarto del artículo 9 de la Ley 41/2002 establece, en su segundo inciso que: "*No obstante lo dispuesto en el párrafo anterior, cuando se trate de una actuación de grave riesgo para la vida o salud del menor, según el criterio del facultativo, el consentimiento lo prestará el representante legal del menor, una vez oída y tenida en cuenta la opinión del mismo*".

³³⁷ Información disponible en el siguiente enlace: <http://secpres.org/noticias/261-el-aumento-de-mamas-desbanca-a-la-liposucci%C3%B3n-como-la-intervenci%C3%B3n-de-cirug%C3%ADa-est%C3%A9tica-m%C3%A1s-practicada-en-espa%C3%B1a> Consulta realizada el 19 de febrero de 2017.

³³⁸ Subrayado propio, para destacar que no se habla de cirugía reparadora o plástica, sino estética, por parte de la propia SECPRE.

corresponden a menores de edad y casi la mitad de ellas, el 46,5%, a otoplastias. La Dra. Marta García Redondo, secretaria general de la SECPRE, apunta que “la remodelación de las orejas o la reducción de su tamaño puede efectuarse en menores siempre que sean ellos mismos quienes demanden la intervención y exista un informe clínico que señale la conveniencia de ésta y los beneficios psicológicos que les reportará”>>. Vemos como se realiza una mezcla conceptual, entre intervenciones meramente estéticas (el 1,3 % de las que se realizan son a menores), e intervenciones reparadoras avaladas por un informe clínico que señala la conveniencia psicológica de la intervención.

Gracias a las declaraciones de SECPRE, podemos realizar una lectura entre líneas, de la que extraemos una idea fundamental: los profesionales del sector hablan de la conveniencia de contar con un informe clínico para observar los beneficios psicológicos derivados de una intervención estética³³⁹. Todo ello lo deducimos, por cuanto las otoplastias o intervenciones para reducir el tamaño de las orejas o alinearlas con la cabeza, que son según SECPRE la mayoría de las intervenciones realizadas en menores, se suelen realizar entre los cuatro y los catorce años, es decir, cuando los menores son realmente pequeños, y no alcanzan ni siquiera a tener la edad que la Ley 41/2002, señala para que se es entienda como *menores pero maduros*.

Pese a las investigaciones realizadas, y a las consultas a profesionales especialistas, no podemos afirmar que exista una pauta común, aunque sí una cierta tendencia a solicitar evaluaciones psicológicas a los menores, incluso a los *menores maduros*, para dejar constancia de que se ha evaluado la madurez del mismo. En la mayoría de casos que se ha podido conocer, los menores acuden a la consulta con sus progenitores, motivo por el que se deja constancia del consentimiento informado de todos ellos; también porque los médicos que ejercen por su cuenta practican con mayor firmeza la conocida como *medicina defensiva*, es decir, que preparan material probatorio para hipotética defensa ante reclamaciones patrimoniales, y el consentimiento informado indudablemente es uno de los fundamentales.

Pese a la falta de previsión legal al respecto de los actos médicos de satisfacción y los menores de edad en el caso de nuestro ordenamiento jurídico estatal, Andalucía

³³⁹ Algo que como veremos a continuación, ya sucede en Andalucía desde que se aprobó el Decreto 49/2009, que obliga (en caso de cirugía estética de menores) a que existe un previo informe psicológico de los usuarios, cuando van a someterse a intervenciones estéticas.

promulgó en el año 2009 el Decreto 49/2009, de protección de las personas menores de edad que se someten a intervenciones de cirugía estética en Andalucía y de creación del Registro de datos sobre intervenciones de cirugía estética realizadas a personas menores de edad en Andalucía³⁴⁰ (en adelante, Decreto 49/2009).

En la Exposición de Motivos del Decreto 49/2009 se señala que:

"La Administración Sanitaria Pública de Andalucía debe velar porque la población menor de edad que se someta a una intervención de cirugía estética conozca efectivamente los riesgos que conlleva la citada intervención y las posibles diferencias que pudiera haber en función de su sexo en cuanto a riesgos y consecuencias, asegurando que disponen de suficiente madurez mental para su correcta valoración y garantizando que la información que reciben es completa, objetiva y adaptada a sus necesidades y desarrollo madurativo y que la relación entre el riesgo y beneficio es razonable, incorporando de manera transversal la perspectiva de género".

Una vez señalados los objetivos que el Gobierno Andaluz persigue con el Decreto 49/2009, en los artículos 4 a 7 del mismo se recogen las "*condiciones para que las personas menores de edad puedan someterse a intervenciones de cirugía estética*"³⁴¹. El artículo cuarto señala de forma muy concreta, los requisitos en cuanto a la información que tanto los menores como sus padres o representantes legales deberán recibir antes de autorizar intervenciones de cirugía estética; y en artículo quinto se recoge un examen psicológico e informe de madurez que deberá realizarse con carácter previo a la intervención de cirugía estética. En este caso, el Decreto 49/2009, señala que el examen psicológico deberá hacerse de acuerdo con el protocolo de valoración psicológica elaborado y aprobado por la Comunidad Autónoma de Andalucía, y además, deberá hacerlo un profesional de psicología que no tendrá ninguna vinculación con el centro o servicio sanitario ni con la persona facultativa responsable de la intervención de cirugía estética (art. 5.3.).

También el Decreto 49/2009, recoge en el artículo 6 especificaciones al respecto del consentimiento informado que deberá otorgarse para las cirugías estéticas en menores dentro de Andalucía, pero la norma no incluye cambios en relación con el consentimiento informado de menores ya previsto en la ley 41/2002, a la que incluso

³⁴⁰ Decreto 49/2009, de 3 de marzo, de protección de las personas menores de edad que se someten a intervenciones de cirugía estética en Andalucía y de creación del Registro de datos sobre intervenciones de cirugía estética realizadas a personas menores de edad en Andalucía. Publicado en el BOJA núm. 53, de 18 de marzo de 2009.

³⁴¹ Este es el título de la rúbrica del Capítulo II de la disposición andaluza.

hace remisión expresa, para señalar los dos posibles supuestos: menor suficientemente maduro para consentir o consentimiento por representación por parte de los progenitores. Por último, cabe señalar que el Decreto 49/2009 habla de la creación de un Registro de datos, donde se inscriban todas las intervenciones de cirugía estética realizadas a menores de edad en Andalucía, pero hasta la fecha, no se ha hecho público el mismo.

Pese a esta norma de carácter autonómico, que realmente supone una novedad y una excepción al vacío normativo al respecto de medicina estética y menores, observamos, incluso en ella que respecto de incapaces e incapacitados, el legislador ha permitido que siempre que estos tuvieran capacidad natural y capacidad suficiente para comprender los aspectos relevantes de la intervención médica a la que deberían ser sometidos. Estas personas sin capacidad para consentir, puedan autorizar los tratamientos médicos que deban serles aplicados, acudiendo en otras ocasiones al consentimiento por representación, como complemento de la capacidad de esos no capaces.

El responsable de valorar si el sujeto menor tiene o no suficiente capacidad será el profesional sanitario responsable del proceso asistencial o voluntario, y aunque considere que va a ser necesario recabar el consentimiento de los progenitores o representantes legales, o incluso, aunque se acabara imponiendo en todo el Estado la idea andaluza de evaluar psicológicamente a los menores que pretenden someterse a cirugías estéticas³⁴². Es decir, aunque hubiera que recabar informe de psicólogo independiente para valorar la madurez de los menores, en todos los casos, como sucede con los incapacitados legalmente, va a ser necesario ofrecer también una información adaptada a la capacidad del sujeto que debe someterse a la intervención y además, pese a los informes de terceros, siempre será el facultativo responsable de la intervención el que deba valorar si existe o no capacidad suficiente para consentir el procedimiento sin auxilio de los representantes legales.

Hasta aquí es donde llegan las previsiones estatales en el campo de la medicina estética (más bien de la cirugía estética) y los menores de edad, algo que lógicamente no puede satisfacernos, pues obviar la existencia de un volumen creciente de intervenciones no supone que las mismas no se estén sucediendo y, además, no ayuda a

³⁴² Hay que observar que la norma andaluza no habla sobre actuaciones médicas no quirúrgicas.

que en caso de conflicto exista una seguridad jurídica en el ámbito de los menores de edad y la medicina estética, que empieza incluso por la discordancia de previsiones en el propio consentimiento informado.

Si volvemos a fijarnos en los datos de SECPRE de 2014, de las intervenciones quirúrgicas con finalidad estética en España el 1,3% se realiza a menores de edad y de ellas menos de la mitad son otoplastias (corrección de orejas) por lo que no podemos descartar que otras de esas intervenciones sean aumentos o reducciones de pecho, rinoplastias, abdominoplastias, liposucciones, y una larga lista de etcéteras que no tienen cabida en la idea de *cirugía reparadora* que la propia organización pretende defender. Además, debemos incidir una vez más en que la medicina estética es cada vez menos quirúrgica, por lo que es muy arriesgado pensar que no hay menores sometidos a actos médicos de satisfacción con finalidad estética, porque simplemente es apartar la vista de un posible foco de conflicto.

Nos resulta realmente interesante traer a colación la norma que ha aprobado el Estado Colombiano, pues encaja perfectamente en la materia que estamos analizando. En el mes de julio del año 2016, Colombia ha llegado a prohibir mediante Ley la realización de actos médicos de satisfacción con finalidad estética (incluyendo procedimientos médicos y procedimientos quirúrgicos estéticos, dice la norma) a menores de edad (dieciocho años). La prohibición se ha llevado a cabo mediante la Ley 1799 de 2016³⁴³.

La norma colombiana ha sido aprobada, en parte, para acabar con una tendencia que se estaba imponiendo, en la que los progenitores regalaban a sus hijas menores de edad intervenciones de cirugía estética como regalo por la "quinceañera" el decimoquinto cumpleaños de la menor, que en los países de América latina tiende a celebrarse con una gran fiesta, especialmente para las adolescentes. En los últimos años, los regalos a la menor habían evolucionado de juguetes o aparatos electrónicos a intervenciones estéticas de entidad (especialmente aumento de senos, de glúteos o liposucciones), la Ley ha sido promovida por el Senador Colombiano Mauricio Lizcano,

³⁴³ Ley 1799, de 25 de julio de 2016, del Congreso de la República de Colombia, por medio de la cual se prohíben los procedimientos médicos y quirúrgicos estéticos para menores de edad y se dictan otras disposiciones. Publicada en el Diario Oficial de Colombia, núm. 49.945 de 25 de julio de 2016. Disponible en: http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1799_2016.html (Consultada 29 de septiembre de 2016).

que, según la prensa colombiana señaló que *"de más de 420.000 operaciones de este tipo [cirugía estética] que se practica al año en el país, el 30 por ciento (126.000) se las hacen a menores"*³⁴⁴.

La ley 1799 de Colombia persigue a los profesionales sanitarios que vulneren la prohibición con sanciones que pueden llegar a suponer la pérdida de licencia para el médico que la incumpla (art. 7), y establece un listado de actos que sí que se consideran aceptados³⁴⁵ y, además, señala literalmente que *"el consentimiento de los padres no constituye excepción válida a la presente prohibición"*³⁴⁶, por lo que vemos incluso que se hace un giro al consentimiento por representación, llegando al extremo opuesto al que se ha visto que sucede en España, es decir, prohibiendo ciertos actos médicos, incluso cuando media consentimiento por representación emitido por los progenitores.

En nuestro país, hemos encontrado opiniones que coincidirían con la idea colombiana, quizá no en el sentido de prohibir las intervenciones voluntarias a los menores de edad, pero en palabras de ARBESÚ GONZÁLEZ en la aplicación de la excepción del artículo 9.5. de la Ley 41/2002, es decir exceptuar la facultad del menor de consentir cuando el acto que va a consentir es de medicina voluntaria³⁴⁷. La autora continúa señalando que *"se considera oportuna y prudente la reserva de la facultad de decisión tras el cumplimiento de los dieciocho años de edad, porque tales intervenciones exigen una madurez muy superior, debido a la voluntad propia de someterse a unos riesgos que afectan a la salud sobre un cuerpo sano"*³⁴⁸. No podemos más que mostrar nuestro rechazo al argumento de la autora citada.

³⁴⁴ Los datos se extraen de la versión digital de "El Tiempo", en el artículo "Prohibición de cirugías plásticas a menores, a sanción presidencial" de fecha 20 de junio de 2016. Disponible en: <http://www.eltiempo.com/politica/congreso/a-sancion-presidencial-prohibicion-de-cirugias-plasticas-en-menores/16625494> (Consultada 29 de septiembre de 2016).

³⁴⁵ En el artículo 4º se establecen las excepciones: *"La anterior prohibición no aplica a cirugías de nariz y de orejas, cirugías reconstructivas y/o iatrogénicas de otras cirugías, peelings químicos y mecánicos superficiales, y depilación láser. Tampoco aplica a cirugías motivadas por patologías físicas o psicológicas debidamente acreditadas por los respectivos profesionales de salud. En los casos de cirugías motivadas por patologías físicas o psicológicas, el cirujano deberá solicitar un permiso especial a la entidad territorial de salud para la realización del procedimiento"*.

³⁴⁶ Artículo 3º, *in fine*.

³⁴⁷ Señala la autora: *"la facultad de prestar consentimiento el menor de edad (...) cuando nos encontramos ante un tratamiento de medicina voluntaria, por no tener la actuación médica en sí, un carácter necesario terapéuticamente"*. ARBESÚ GONZÁLEZ, Vanesa, *op. cit.* Pág. 267.

³⁴⁸ *Cit. Supra*. Pág. 267.

En nuestra opinión, si bien es cierto que muchas de las intervenciones conllevan un elevado riesgo, y precisamente por ese riesgo, será necesario que los representantes legales consientan por representación, auxiliando al menor que no se considere capaz de poder autorizar por sí mismo una intervención muy arriesgada. El argumento es algo excesivo, estamos mucho más de acuerdo con la vía intermedia, que se consagraría en normas como el Decreto 49/2009 de Andalucía, en la que, se solicitase un informe psicológico, para auxiliar al profesional médico o al centro estético a determinar la madurez del menor, que a negarla en todo caso, hasta los dieciocho años, como si el número conlleva la madurez, sin ser en realidad, un mero convencionalismo.

Además, consideramos que el argumento de la autora es contrario a todas las corrientes actuales en relación con el estudio de la capacidad de los menores, que tiende a otorgar capacidad siempre que sea posible, es decir, siempre que de hecho, pueda considerarse que el acto que va a realizar el menor puede ser comprendido por el mismo, con todas sus consecuencias. Además, tal y como vino a señalar el profesor YZQUIERDO en la Conferencia realizada ante la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, en Madrid, el día 14 de junio de 2016, "sería realmente ingenuo considerar que los adolescentes y jóvenes aún no adultos, en pleno siglo XXI, son criaturas plenamente inocentes y sin capacidad de previsión de las consecuencias que llevan emparejados ciertos actos". A nuestro juicio esto no quiere decir que, en todos los casos, digamos que sea imposible aplicar las limitaciones a la autodeterminación de los menores maduros, sino que queremos defender que consideramos más apropiado que el análisis de la capacidad del menor, ante los actos involucrados con su salud, se realicen caso a caso, tal y como la norma española prevé.

4.3. El respeto a la autodeterminación de los usuarios en los actos médicos de satisfacción con finalidad estética

Otro aspecto importante en nuestro objeto de estudio, pues no es un tema baladí, es el límite del respeto a la vida y a la integridad física, y también el límite que supone el respeto a la autodeterminación de los pacientes o clientes, y cómo se conjugan en algunas situaciones extremas.

El respeto a la integridad física y moral y a la vida de los pacientes y clientes opera, o debería hacerlo, en cuanto a tratamientos estéticos se refiere y, especialmente, en aquellas intervenciones que pretendan deformar anormal o exageradamente aspectos de la anatomía de las personas, llegando incluso a poder provocarles perjuicios en su salud. En estos supuestos la información puede (o mejor, debe) tener un papel fundamental.

El papel del consentimiento informado en los actos médicos de satisfacción con finalidad estética es muy relevante. En aquellos donde se requiriera un resultado muy exagerado o antinatural podemos observar que, pese a que fuera absolutamente posible lograr el mismo, desde el punto de vista médico y técnico. Realizar intervenciones dañinas, como por ejemplo, un aumento de seis tallas de busto o una disminución el tamaño de una nariz hasta casi hacerla desaparecer – por poner ejemplos extremos –, provocarían una deformidad, y podrían conllevar futuras lesiones o dificultades, para el sujeto que las solicitase.

Por ello, creemos que la labor del profesional en esta situación es informar de lo extremo de la intervención solicitada y advertir de que lo deseado puede conllevar problemas de salud para el cliente, e intentar, mediante la información, hacer que el sujeto adecue su voluntad hacia una intervención que no resulte dañina para su salud.

En estas ocasiones los médicos deberían, alertar a sus clientes y, además, dejar constancia en la historia clínica de todo solicitado, de lo informado y de la voluntad del cliente de proseguir o no con la intervención, registrando también el consentimiento informado. Todo ello podría servir como método de descargo si aconteciera una posterior demanda por lesiones.

Además, podría considerarse que, siendo profesionales serios y conociendo los límites para negarse a realizar ciertos tratamientos, y con amparo en el Código Deontológico de la profesión médica, deberían expresar que, por respeto a la integridad física del solicitante, deben negarse a la intervención si el cliente no considera reconducirla a algo más moderado con lo que satisfacer su voluntad sin perjudicarse su propia vida.

En caso de que el cliente no quiera aceptar los consejos del profesional, el mismo debería optar por no intervenir, para así no contravenir su deontología, que le

fuerza a actuar en beneficio de la salud de sus pacientes. Más concretamente, el artículo decimosegundo del Código de Deontología Médica establece, en su apartado tercero: *"3.- Si el paciente exigiera del médico un procedimiento que éste, por razones científicas o éticas, juzgase inadecuado o inaceptable, el médico, tras informarle debidamente, quedará dispensado de actuar"*³⁴⁹.

Así, los profesionales, en las intervenciones médicas de carácter satisfactivo, pueden, tras manifestar que están en desacuerdo con las peticiones de los clientes, dispensarse de actuar para, de ese modo, no dañar a sus clientes. Si no es así, podría considerarse la posibilidad de que estuviéramos ante una actuación lesiva (incluso aunque estuviera correctamente informada y consentida y contratada).

Nuestro derecho penal expresa que el único caso en que no resulta penado el actuar provocando lesiones o graves perjuicios a la integridad física del sujeto es el que recoge el artículo 156 del Código Penal³⁵⁰ que indica que si existe un consentimiento válido del sujeto, ciertas intervenciones muy agresivas (trasplante de órganos, esterilizaciones, y cirugía transexual), no se consideran lesivas. Lógicamente, esta eximente es difícilmente aplicable al profesional médico que, a petición de su cliente, ha accedido a deformarle su anatomía de forma antinatural y con ello, perjudicarle además su salud.

En resumen, hipotéticamente podríamos considerar que los profesionales médicos pueden ser responsables, incluso penalmente, por lesiones provocadas por tratamientos consentidos de manera viciada. Entendiendo que el consentimiento en

³⁴⁹ Código de Deontología Médica y Guía de Ética Médica. Versión de 2011. Disponible online en la web del Consejo General de Colegios Oficiales de Médicos, en el siguiente link: https://www.cgcom.es/sites/default/files/codigo_deontologia_medica_2.pdf Consultado el día 7 de marzo de 2016.

³⁵⁰ Artículo 156 Código Penal: *"1. No obstante lo dispuesto en el artículo anterior, el consentimiento válido, libre, consciente y expresamente emitido exime de responsabilidad penal en los supuestos de trasplante de órganos efectuado con arreglo a lo dispuesto en la Ley, esterilizaciones y cirugía transexual realizadas por facultativo, salvo que el consentimiento se haya obtenido viciadamente, o mediante precio o recompensa, o el otorgante sea menor de edad o incapaz; en cuyo caso no será válido el prestado por éstos ni por sus representantes legales.*

2. Sin embargo, no será punible la esterilización de persona incapacitada que adolezca de grave deficiencia psíquica cuando aquélla, tomándose como criterio rector el del mayor interés del incapaz, haya sido autorizada por el Juez, bien en el mismo procedimiento de incapacitación, bien en un expediente de jurisdicción voluntaria, tramitado con posterioridad al mismo, a petición del representante legal del incapaz, oído el dictamen de dos especialistas, el Ministerio Fiscal y previa exploración del incapaz"

estos casos, sería tanto un consentimiento informado para la celebración de la propia intervención, como un consentimiento para la celebración del contrato, que como vimos pueden y suelen coincidir en el tiempo³⁵¹.

5. El defecto de información

En todo lo observado hasta el momento, incluyendo los actos médicos de satisfacción, pero también la medicina curativa, es evidente que la información resulta extremadamente relevante, tanto que ha pasado a ser un aspecto ineludible, especialmente por las consecuencias derivadas de su completa inexistencia o, incluso, de mero defecto informativo, hasta el momento hemos analizado la información en relación a los requisitos de la misma o para que la misma se considere válida y también al respecto de si debe o no ser más exhaustiva en los casos de consentimiento informado de un acto médico de satisfacción, en el presente apartado, el objetivo es analizar las consecuencias de la falta de información.

El defecto de información produce, salvo en los casos de *consentimiento desinformado* (derecho a no conocer), que se esté actuando sin consentimiento informado o con un consentimiento viciado, lo que hace que se esté vulnerando la autonomía de la voluntad del paciente, así como, tal y como señaló SÁNCHEZ GÓMEZ "un consentimiento viciado por error"³⁵² que la autora vincula *ex art. 1101 del CC* al incumplimiento contractual³⁵³.

Sin embargo, nosotros en este apartado, queremos dejar de lado el *consentimiento legitimación contractual*, y fijarnos en el consentimiento informado, derecho de autodeterminación del paciente, pues, además de las posibilidades de acudir a un incumplimiento contractual, o a una anulación del contrato por vicio en un elemento esencial del mismo, en nuestra opinión, que la información necesaria para el consentimiento informado sea insuficiente o inexistente provoca una vulneración del derecho a consentir el tratamiento tras haber recibido la información necesaria para tal

³⁵¹ Vid. SÁNCHEZ GÓMEZ, Amelia, *Contrato de servicios médicos... op. cit.* Págs. 92 y ss.

³⁵² SÁNCHEZ GÓMEZ, Amelia, *Contrato de servicios médicos... op. cit.* Pág. 92.

³⁵³ Dado que en opinión de esta autora (que compartimos) puede existir en esos casos una confusión entre el consentimiento informado y el consentimiento contractual.

fin. Algo que sucede incluso cuando el paciente o cliente cree, por error, que sí que ha sido informado correctamente.

Si se actúa con una información insuficiente o sin ella, se estará actuando sin consentimiento y, como muy didácticamente señala PELAYO GONZÁLEZ-TORRE, esta actuación sin consentimiento puede dar lugar a la existencia de responsabilidad de los profesionales³⁵⁴. Esta es una idea muy importante, que vale la pena que dejemos ya clara en este momento: actuar sin el preceptivo consentimiento informado genera una vulneración de la *lex artis* al haberse vulnerado la autodeterminación de los pacientes (o *paciente-cliente*), que puede conllevar responsabilidades para los profesionales.

Así sucede, entre otras, en la ya referida STS de 13 de mayo de 2011³⁵⁵, en la que el Alto Tribunal decidió indemnizar por defecto de consentimiento informado, cuando una persona había consentido una intervención de menisco, pero una vez se le estaba practicando la misma, los doctores observaron que sería mejor practicar otro tipo distinto de intervención y, sin detenerse a obtener un nuevo consentimiento informado, procedieron a alterar los planes sin informar al paciente y sin recabar el preceptivo consentimiento. En este caso el TS indica que no debía haberse realizado esta nueva intervención por no haber sido consentida y que ello genera un daño moral grave que debe ser indemnizado³⁵⁶.

³⁵⁴ Señala el autor: *"la ausencia de consentimiento puede determinar la responsabilidad de los agentes sanitarios (...), en la práctica jurisprudencial, en el caso de que se establezca, la responsabilidad por la falta de información y consentimiento puede (...) reducirse solamente al daño moral derivado de la violación de la autonomía personal del paciente al que no se le da la oportunidad de consentir, en este caso tanto si se ha producido un daño físico como si no"*. PELAYO GONZÁLEZ-TORRE, Ángel, *op. cit.* Pág. 127.

³⁵⁵ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 13 de mayo de 2011. RJ\2011\3279. Ponente D. José Antonio Seijas Quintana, ya referida en el apartado 1.1 del presente capítulo, pues también considera que el Consentimiento Informado es una manifestación del Derecho Fundamental a la integridad física y moral de las personas.

³⁵⁶ Señala literalmente el Fundamento de Derecho 2º de la STS de 13 de mayo de 2011: *"se trata de una intervención que en ningún caso debió realizarse sin antes comprobar que el paciente había sido previamente informado y que le ha generado un daño por el que debe ser indemnizado. No es el daño que resulta de la intervención programada puesto que no se produjo, sino el daño que resulta de la que sí se llevó a cabo con la que no solo no logró mejorar sus dolencias en la rodilla, sino que se le privó de conocer los riesgos y beneficios posibles para su salud, puesto que ninguna información hubo respecto de una actuación médica que desconocía. (...)La falta de información configura en este caso un daño moral grave, al margen de la corrección con que se llevó a cabo la intervención, puesto que ningún daño corporal se produjo, según los hechos probados de la sentencia"*.

Esta opinión nos ejemplifica la verdadera relevancia del defecto de información. Tanto que finalmente se falló considerando que debía ser indemnizado el paciente por importe de treinta mil euros, en concepto de daño moral, por actuar sin consentimiento, aún cuando no se encontraban daños personales derivados de la intervención sin consentimiento, más allá de la propia vulneración de la autodeterminación del paciente.

En nuestra opinión, esta vulneración de la autonomía de la voluntad, bien merece la cuantificación económica que el Tribunal realizó, pues actuar sin haber informado o sin haberse molestado en recabar el consentimiento informado es una clara vulneración de las previsiones normativas a las que está sometido el profesional médico en virtud de la Ley 41/2002.

Sin embargo, la Sentencia analizada es una verdadera excepción, pues en la práctica nuestros tribunales han sido reacios, en muchos supuestos, a condenar por falta de información o información insuficiente si las intervenciones no causaron otros daños o lesiones. Es decir, rige una situación en la que se exige una especie de concurrencia entre un daño personal y una vulneración de las previsiones normativas sobre la autodeterminación de los pacientes, concretamente en lo relacionado a actuar sin informar o sin haber recabado el preceptivo consentimiento informado.

Se observa de forma clara una dualidad, entre las posturas tendentes a considerar que es suficiente la mera desinformación y actuar sin consentimiento informado para que se deriven responsabilidades en favor del paciente y, por otra parte, aquellos que consideran que aunque es indiscutible que actuar sin haber informado correctamente supone una vulneración de la *lex artis*, no tiene la entidad suficiente, salvo que además se deriven daños personales de la intervención, para poder justificar una reclamación de daños y perjuicios.

Las voces que consideran que emana responsabilidad por la intervención sin el requerido consentimiento informado, opinan, y humildemente me uno a este grupo, que el responsable de ésta situación es el *médico principal del procedimiento*, aunque se establece un régimen de responsabilidad solidaria entre el médico principal, los otros médicos del equipo y el centro médico, todo ello con el objetivo de que pueda el perjudicado asegurarse que le resarcen los daños producidos. Aunque esos daños nazcan exclusivamente del haber procedido sin consentimiento.

Veamos una hipótesis concreta: el supuesto de un sujeto pretende una intervención estética para hacer más pequeña su nariz – rinoplastia –, contacta con un profesional y se interviene sin que le den detalles del *pre* y *post* operatorio, sin que se le informe de posibles reacciones, riesgos, complicaciones más o menos habituales y muy relevantes. Aún resultando todo un éxito la intervención, y estando el sujeto intervenido muy feliz con el resultado, ¿podría reclamar en concepto de daños y perjuicios al profesional, al equipo y al centro médico? La postura que defendemos considera que sí, por cuanto no fue informado correctamente, lo que habría provocado una vulneración de la *lex artis* y, además, de su derecho a la autodeterminación, incluso aunque de haber recibido la información correspondiente igualmente se hubiera sometido a la intervención, dado que el derecho a recibir la información necesaria para emitir un consentimiento realmente informado no varía si la respuesta del sujeto hubiese sido igual o distinta tras conocer esa información.

Incluso hay un sector de la doctrina que podría considerar que tiene cabida una acción de responsabilidad penal. GÓMEZ RIVERO explica que, dentro del ámbito penal, cuando la actividad médica es *no curativa ex art. 156 CP*³⁵⁷ la "*exención de responsabilidad penal por un delito de lesiones depende de la existencia o no del consentimiento del paciente. En tanto la actividad repercute negativamente en la salud de éste, sólo el consentimiento eximirá de pena por lesiones*"³⁵⁸. Es decir, que en algunas ocasiones, solo podrá librarse el profesional de ser juzgado por las lesiones producidas en su actuar normal, si las mismas pueden justificarse por un consentimiento informado válido y previo. Pero, sea como fuere, no hace falta llegar a posturas tan extremas como la referida, en cualquier intervención es preceptivo que se recabe el consentimiento tras haber informado correctamente, y si esto no sucede así, puede derivarse responsabilidad, que el Tribunal Supremo ha caracterizado como daños morales, (por ejemplo en la STS de mayo de 2011 anteriormente analizada).

³⁵⁷ Art. 156 CP: "*1.No obstante lo dispuesto en el artículo anterior, el consentimiento válida, libre, consciente y expresamente emitido exime de responsabilidad penal en los supuestos de trasplante de órganos efectuado con arreglo a lo dispuesto en la ley, esterilizaciones y cirugía transexual realizadas por facultativo, salvo que el consentimiento se haya obtenido viciadamente, o mediante precio o recompensa, o el otorgante sea menor de edad o carezca absolutamente de aptitud para prestarlo; en cuyo caso no será válido el prestado por éstos ni por sus representantes legales.*"

³⁵⁸ GÓMEZ RIVERO, M^a del Carmen "La Responsabilidad penal del médico" en CAMAS JIMENA, Manuel (Coord.), *Responsabilidad Médica*. Ed. Tirant lo Blanch. 2013.Valencia. Pág. 68.

Parece sorprendente esta postura pero hay que recordar, y se observará en las sentencias que se referirán a continuación, que informar correctamente y obtener el consentimiento para intervenir - tanto en los casos de medicina estética como en los casos de medicina de sanación - *forma parte de la lex artis*. Por lo que actuar al margen del consentimiento informado supone realizar una *mala praxis*.

Antes de entrar más profundamente en las consecuencias que se derivan de una actuación médica sin previa obtención del consentimiento requerido, cabe destacar que en opinión de los Magistrados del TS que participaron en la obra dirigida por SANTOS BRIZ en 2003, las situaciones en las que se analice una situación de falta o deficiencia de consentimiento informado la carga de la prueba recae sobre el profesional, por estar situado en una posición de mayor facilidad probatoria³⁵⁹.

Resulta relevante observar estas opiniones, por cuanto el tratado es contemporáneo a la aprobación de la Ley 41/2002 y, sin embargo, el posicionamiento tan aseverativo de la doctrina más relevante a favor de la *inversión de la carga probatoria* – o más bien podría decirse de la distribución irregular de la carga probatoria – nos demuestra cómo para los expertos en nuestro Derecho, resulta obvio el desequilibrio en la relación existente entre médico y usuario de servicios asistenciales o cliente del profesional. Por ello, según la doctrina observada, el médico debería ser el responsable de demostrar que sí procedió a la obtención del apropiado consentimiento tras haber facilitado toda la información necesaria para que el mismo emane con todas las garantías que señala la ley.

El desequilibrio existente, que se observa sin complicaciones, por ejemplo, en cuanto a los conocimientos expertos que una de las dos partes del contrato tiene; lleva a que, en cuanto a la información, el médico pueda proceder a actuar sin haber informado correctamente – con arreglo a todos los requisitos que se mencionaron para con el deber de información y de la información propiamente – y el paciente o cliente jamás sea capaz de saberlo.

³⁵⁹ Señalan literalmente los autores: "*la carga de la prueba del cumplimiento de este deber [deber de información] ha de recaer sobre el profesional de la medicina por ser quien se halla en una situación más favorable para conseguir su prueba*". GONZÁLEZ POVEDA, Pedro, MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ, José Manuel y PAZ RUBIO, José María, "8. Responsabilidad civil de los profesionales" en SANTOS BRIZ, Jaime, (dir.) *Tratado de Derecho Civil*. Vol. 3 *Derecho de Obligaciones, Teoría y Práctica*. Ed. Bosch. Barcelona 2003. Página 662.

En nuestro ordenamiento, no existe un régimen distinto para las responsabilidades médicas, que se halle recogido legislativamente, por lo que ante la falta de norma especial, en casos de actuación sin información, o con una información sesgada o contraria a la realidad y a la veracidad, el perjudicado acudirá a las pautas genéricas de la responsabilidad civil.

En mi opinión, en estos casos procedería y debería prosperar la interposición de una demanda civil en reclamación de daño derivado del contrato, por incumplimiento contractual o por cumplimiento imperfecto, dado que el contrato ha nacido y ha originado efectos sin que una de las partes haya observado las previsiones legales sobre la información que necesariamente debe ofrecer sobre el mismo.

Considero también que la información y el consentimiento informado, encajan a la perfección con la figura de las *obligaciones de seguridad* que YZQUIERDO TOLSADA expone en su obra del año 2001. Según el autor, estas obligaciones que tienen su base normativa en el artículo 1258 CC³⁶⁰, hacen que lo pactado vaya más allá de las estipulaciones contractuales previstas en concreto por las partes, haciendo que se deban observar también aquellas circunstancias que resulten de la buena fe, las costumbres y las normas imperativas aplicables al contrato. En relación con el consentimiento informado, esta teoría supone que, en virtud de la aplicabilidad del artículo 1258 CC y las normas que la Ley 41/2002, entre otras, impone a las partes, el médico y el paciente no estarán exclusivamente vinculados a lo que se pacte en contrato, sino que informar y consentir, aunque no esté en el mismo, será una obligación para ambos, esto supone que, como señala el autor referido, estaremos ante una obligación "*accesoria íntimamente ligada a la naturaleza del contrato*"³⁶¹, por ser una previsión legislativa positiva que les vincula.

En la práctica, han prosperado también reclamaciones de responsabilidad civil extracontractual, o reclamaciones por daño moral que se han llevado como reclamaciones con base en la teoría de la responsabilidad *aquiliana ex art. 1902 CC*³⁶²,

³⁶⁰ Art. 1258 CC: *Los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento, y desde entonces obligan, no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley.*

³⁶¹ YZQUIERDO TOLSADA, Mariano, *Sistema de Responsabilidad Civil, Contractual y Extracontractual*. Ed. Dykinson. 2001. Madrid. Pág. 96.

³⁶² Art. 1902 CC: *El que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado.*

incluso cuando del actuar desinformado del médico, o mal informado por él, no se hubieren derivado otros daños en la persona del paciente o usuario, más allá de los relativos a la vulneración de su autodeterminación, fruto de la propia actuación desinformada. Esto nos parece un uso irregular de la responsabilidad civil extracontractual, quizá por desconocimiento de las dimensiones y posibilidades de la teoría que desarrolla el artículo 1258 CC, pero no consideramos mal que se esté otorgando a los pacientes una indemnización en concepto de daño moral, si es la única opción que encaja con el proceso que ha iniciado la defensa jurídica del mismo ante estas situaciones, o la única vía que el tribunal encuentra, aunque en realidad estemos ante una solución de justicia material.

Compartimos la opinión de YZQUIERDO TOLSADA, que considera que, cuando entre las partes existe una relación contractual es poco ortodoxo acudir a la responsabilidad extracontractual, como si de dos extraños se tratara. Esta opinión ha sido vertida en distintas obras, como por ejemplo, como hemos visto en su obra del año 2001 "*Sistemas de Responsabilidad civil contractual y extracontractual*" donde el autor desarrolla su teoría³⁶³.

Por otra parte, cabe observar que el *consentimiento informado* debe considerarse parte fundamental del contrato celebrado entre paciente o usuario de servicios médicos y profesional, por lo que según el artículo 1258 CC, pese a que en el momento de contratar las partes no realicen ninguna alusión a él, debe considerarse preceptivo, en atención a las previsiones legislativas vigentes, que son imperativas en cuanto a la obligatoriedad que establecen de que en todo caso, las actuaciones médicas hayan sido consentidas por los interesados sometidas a ellas.

Esta manifestación, al respecto de la necesidad de que el consentimiento informado exista, puede servirnos para hacer hincapié en la idea tendente a considerar que, ante un actuar médico sin el debido consentimiento informado, se deriven o no

³⁶³ Concretamente, establece el autor: "*es incorrecto decir, por ejemplo, que como el dolo y el fraude se oponen <<a todas las reglas del derecho contractual, no está ya el culpable bajo la protección del contrato y deberá sufrir la aplicación del derecho delictual>> (entiéndase, extracontractual), debiéndose así dar a la víctima la posibilidad de optar por una u otra vía porque <<el sentido de la justicia reclama una mayor protección>>. Y es incorrecto porque el dolo y el fraude aludidos, como también la negligencia o la mora pueden encontrar perfectamente su acomodo en las reglas de la responsabilidad contractual, y no hay necesidad de buscar mayor protección fuera de ellas*". YZQUIERDO TOLSADA, Mariano (2001), *op. cit.* Págs. 99 - 100.

daños del proceder, podría interponerse una acción que persiguiera una indemnización por incumplimiento contractual en base al artículo 1098 CC³⁶⁴. Reclamación por daños derivados del contrato, que como vimos, le parece más correcta a la doctrina más relevante sobre responsabilidad civil en nuestro país y a la que, humildemente, nos suscribimos aunque en ocasiones no sea la tónica del Tribunal Supremo.

Por razones como esta, no solo cabría una reclamación en base extracontractual por el daño moral de haber intervenido sin consentimiento informado, siguiendo el camino que ha abierto el Tribunal Supremo, y que parece a todas luces un poco desafortunado; sino que consideramos que debería prosperar una acción civil contractual por no haberse respetado algo fundamental e intrínseco del contrato de servicios médicos, toda una *obligación de seguridad*, siguiendo la teoría civilista encabezada por Yzquierdo Tolsada. Ello no significa que nos posicionemos en contra de que se indemnice el defecto de información o el defecto de consentimiento informado como daño moral, sino que consideramos que sería deseable que se acudiese a figuras que encajasen más con la realidad y que entendieran que lo existente es un daño provocado por incumplimiento contractual, un daño a la libertad de determinación.

Lo expuesto hasta el momento proviene del estudio de la situación actual, en la que, en ocasiones, ante un actuar sin consentimiento informado, pero sin otros daños concretos, la Jurisprudencia ha admitido y decretado la procedencia de indemnizaciones a favor de pacientes y clientes de servicios médicos, en ocasiones acudiendo a la vía contractual, y en otras, acudiendo a la indemnización de daños extracontractuales.

Vimos como la cuestión relativa a la indemnización por mero defecto de información no es para nada pacífica, pues existe un sector de la doctrina que considera que, en ocasiones, se acude a la deficiente información para generar una indemnización – que pudiera estar no del todo justificada. A modo de ejemplo PÉREZ GARCÍA considera que en ocasiones el defecto de información se ha utilizado como único elemento para poder otorgar una indemnización a las víctimas de lesiones o malas praxis médicas que no han podido demostrarse³⁶⁵.

³⁶⁴ Art. 1098 CC: *Si el obligado a hacer alguna cosa no la hiciere, se mandará ejecutar a su costa. Esto mismo se observará si la hiciere contraviniendo al tenor de la obligación. Además podrá decretarse que se deshaga lo mal hecho.*

³⁶⁵ Concretamente se establece: *"en los últimos años, los tribunales de justicia en España suelen invocar la vulneración del derecho a la información asistencial, (...) para fundar condenas por mala praxis*

En mi opinión, no debería tratarse de que los Juzgados hallen en la deficiente información un motivo para atribuir responsabilidad a los profesionales sanitarios, sino que se trata de que, en realidad, proporcionar la información correcta, clara, veraz, comprensible y lo más exhaustiva posible es una obligación de todos los profesionales del ámbito médico y por ende, no proporcionarla constituye *per se* el surgimiento de la responsabilidad civil. Sin embargo, hecha la apreciación anterior, es evidente que en ocasiones, los tribunales, ante la complejidad de los daños y la poca base probatoria que existía en los procesos, han acudido al defecto o insuficiencia de información para ofrecer indemnizaciones resarcitorias a la víctima de los daños, otra vez volviendo a una solución de justicia material.

Pero no compartimos la opinión del autor citado, en el sentido de entender que en esos casos se usa el defecto de información para resarcir daños porque la negligencia del profesional no está correctamente fundamentada, pues la intervención sin información o sin consentimiento informado es por sí misma, una negligencia indemnizable. Además, el propio autor analizado en el párrafo anterior nos da la razón al englobar el consentimiento informado como elemento esencial de la *Lex Artis*³⁶⁶.

En conclusión, el defecto de información es un elemento realmente fundamental en la *praxis* médica y, consideramos que tiene entidad suficiente como para justificar la existencia de una indemnización al perjudicado por la vulneración que consista en no haber sido convenientemente informado o haber consentido un tratamiento o actuación que no le habían informado de forma suficiente.

médica en casos en que la negligencia de los demandados (personal médico-sanitario) en la práctica de la intervención o tratamiento médico no puede ser acreditada. Así pues, el mero incumplimiento del deber de información se convierte, en estos casos, en el único criterio de imputación de daños, pese a que no puede establecerse un nexo causal ni de imputación objetiva entre la falta de información y el daño". PÉREZ GARCÍA, Máximo Juan, "La responsabilidad civil médico-sanitaria en el derecho español: significado y alcance del consentimiento informado y del deber de información" en *Colección de Derecho Privado*, número 6, Julio 2008. Pág. 147.

³⁶⁶ PEREZ GARCIA, Máximo Juan, *op. cit.* Pág. 154. Como dato curioso observar que el apartado III del estudio del Prof. Pérez García se titula "El Consentimiento Informado: Un presupuesto y elemento esencial de la *Lex Artis*".

5.1. El error en la información como supuesto de responsabilidad civil

Visto que la insuficiente información puede dar lugar, al menos hipotéticamente, a la existencia de responsabilidad del médico, pues una información incorrecta puede suponer una ruptura de la *lex artis ad hoc*. Conviene analizar más profusamente los casos en que se ha considerado esta postura y la doctrina que ha analizado esta cuestión.

Existen posturas, como la de PÉREZ GARCÍA que consideran que actuar sin consentimiento informado es igual a llevar a cabo una actuación antijurídica indemnizable³⁶⁷. Pese a lo expuesto, el propio autor cree que cuando no se deriven daños del actuar con deficiente información, siempre que nos hallemos ante intervenciones de medicina de sanación – jamás en casos de medicina de satisfacción – no debería prosperar una acción en pro de la responsabilidad civil de los médicos, pues literalmente expone que la simple actuación desinformada o no consentida no debe ser considerada como dañosa cuando la intervención era necesaria³⁶⁸.

Este modo de pensar, en nuestra opinión anteriormente expuesta, no se ajusta a la regulación de la Ley 41/2002 y se apoya en la base de que la medicina es una ciencia axiológica relativa – o lo que es lo mismo: una ciencia inexacta –. Desde la presente tribuna no observamos por qué motivo no debería ser indemnizable un actuar disconforme a la legalidad vigente y, dicho sea con el mayor de los respetos, menos aún porque el ser una intervención necesaria hace que sea aún menos relevante que se haya actuado vulnerando un derecho del paciente.

Lo que está claro, y es doctrina pacífica, es que cuando el profesional sanitario actúa con el debido consentimiento informado, el paciente o cliente está asumiendo las posibles consecuencias y riesgos o perjuicios inherentes al tratamiento que se le ha practicado. Por lo que en los casos de medicina de sanación no existirá responsabilidad civil cuando de la intervención o tratamiento se derive alguna de las consecuencias que fueron debidamente informadas. En el ámbito de la medicina de satisfacción también

³⁶⁷ Señala el autor: "la mera ausencia del consentimiento informado equivaldría a un comportamiento antijurídico del médico y éste siempre debería responder, aunque no se haya causado un daño corporal al paciente". PÉREZ GARCÍA, Máximo Juan, *op. cit.* Págs. 163 y 164.

³⁶⁸ "A mi juicio, la simple omisión del deber de informar (y, por tanto, la ausencia de consentimiento informado) no debe generar responsabilidad civil del médico, siempre que la actuación de éste fuera imprescindible". *Cit. Supra.* Pág. 164.

ocurre igual, pero se observará como aun cabe que exista responsabilidad de los profesionales cuando el resultado de la intervención no sea exacto, en estos casos hablaremos de la responsabilidad contractual por resultado inexacto o defectuoso, todo ello con independencia del aspecto que estamos en este apartado analizando: la información, o mejor, el defecto de la misma.

Como señala, asimismo, PASQUAU LIAÑO pese a las diferencias que halla entre causar un daño de forma culposa y hacerlo por omisión en un derecho del interesado, la jurisprudencia le otorga suficiente validez como título de responsabilidad civil a la actuación sin información o sin consentimiento informado³⁶⁹. El citado autor, que es magistrado de la Sala Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, entiende que los tribunales españoles castiguen el déficit de información de aquel que estuviera en la situación idónea para ofrecerla, pero asimismo observa que, en múltiples ocasiones se utilizan los déficits de información como excusa para responsabilizar al profesional de un daño, especialmente cuando es complicado responsabilizarlo usando los conceptos clásicos de la responsabilidad civil.

Así, en opinión del magistrado, en ocasiones se atiende a razones de dificultad de imputación en relación con la praxis y el daño, para relajar lo que se entendía como *caso fortuito* y considerarlo caso de *daño estadísticamente inevitable* y, en ese momento, atender a la información proporcionada al respecto de ese tipo de daño, como método para resarcir a la víctima del mismo, dado que la actividad del profesional hace repetir en multitud de ocasiones la conducta por la que podrá llegar a producirse el daño *estadísticamente inevitable*. Es decir, como el riesgo es porcentual por muy inevitable que sea el daño, el proceder del profesional lo produce, a fuerza de repetir la conducta. Si no informa bien, pagará por ellos, pues puede esperarse que, de tanto actuar, en alguna ocasión aparezcan incluso los más improbables riesgos.

³⁶⁹ Señala literalmente el autor: "*no es lo mismo causar daño con culpa (es decir introduciendo dosis de riesgo mayores de los inevitables), que no advertir, como se debe, del daño que un tercero puede sufrir por infortunios relacionados con la conducta, actividad o prestación que se lleva a cabo. Sin embargo, en la jurisprudencia se advierte una tendencia clara a otorgar protagonismo al defecto de información como título suficiente de responsabilidad independiente y autónomo*". PASQUAU LIAÑO, Miguel "Responsabilidad civil e infracción de los deberes de información sobre los riesgos no evidentes de productos y servicios" en LOPEZ Y GARCÍA DE LA SERRANA, Javier; SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA, Inmaculada (Coords.), *Cuestiones actuales sobre responsabilidad civil*. Thomson Reuters - Aranzadi. Pamplona. 2013. Página 159.

Siguiendo con la tesis de PASQUAU LIAÑO también existe mayor facilidad, para el magistrado que esté resolviendo el procedimiento, en la identificación de una actuación insuficientemente informada o erróneamente consentida, que considerar que el servicio podría haber sido prestado de forma más rigurosa o menos dañina para el presunto perjudicado³⁷⁰.

Aun así, en palabras de BLANCO PÉREZ-RUBIO deben ser indemnizados los perjudicados por un defecto en la información, tanto si estamos ante actos médicos de satisfacción como si estamos ante medicina curativa o asistencial, y el sujeto interesado ha sufrido algún daño o no ha obtenido el resultado que pretendía la intervención, si con la falta de información se le impidió conocer los riesgos de la propia intervención que le ha provocado los daños³⁷¹. Vemos que esta postura es más tendente a considerar necesario un daño paralelo al daño *per se* que supone que no se haya facilitado la información suficiente, para que se puedan indemnizar ambos perjuicios.

Sin embargo, resulta ya por todos conocido, que en múltiples ocasiones, los Jueces y Tribunales del sistema jurídico español han impuesto sanciones en concepto de daño moral a profesionales de todas las ramas que informaron deficientemente a los usuarios o clientes de sus servicios y productos. Hay autores, como PASQUAU LIAÑO³⁷² que consideran que no debería otorgarse una indemnización derivada de la falta de información con base a que se ha producido un daño moral si no se demuestra y prueba la existencia de un daño (corporal o moral) concreto y el nexo de causalidad entre la falta de información y el daño. Pero, sí que aceptarían - como el mismo magistrado acepta - indemnizar por daño moral, el malestar que provoca a un sujeto los

³⁷⁰ Señala el autor: "A un Juez le resultará más fácil valorar en qué medida una correcta o más exigente información sobre ciertas precauciones a tener en cuenta, sobre el modo de utilización del producto o servicio, o sobre los peligros del mismo, habrían podido evitar o mitigar los riesgos de su comercialización, que juzgar si el servicio pudo haberse concebido o prestado en otras condiciones más seguras y viables (...) la sustitución general de la seguridad <<intrínseca>> del producto o del servicio por la seguridad derivada de informaciones que acaben comportando indebidos desplazamientos del riesgo a cargo de los perjudicados: informar para exonerarse". PASQUAU LIAÑO, Miguel, *cit. supra* pág. 163.

³⁷¹ Señala la autora: "tanto en el supuesto de medicina curativa o asistencial, como en el caso de medicina voluntaria o satisfactiva, si la información no se proporciona del modo suficiente, o no ha habido ningún tipo de información, o ésta ha sido errónea y el paciente [o cliente] ha sufrido algún daño, o bien no ha obtenido el resultado perseguido con la intervención o el tratamiento, podría generar responsabilidad en el médico al incumplir el deber que tiene de informar, teniendo que indemnizar al paciente al que se le impidió conocer los riesgos que la intervención o tratamiento llevaba consigo". BLANCO PÉREZ-RUBIO, Lourdes, *La carga de la prueba... Op. cit.* Pág. 15.

³⁷² PASQUAU LIAÑO, Miguel, *Op. cit.* pág. 169

efectos perniciosos de productos que se han usado en su tratamiento, que le causan zozobra e intranquilidad. Este sería por ejemplo el caso de prótesis retiradas por riesgo de rotura, que han generado mucha intranquilidad entre sus portadores.

Para acabar de tensar la situación de lo expuesto, debemos tener en cuenta también las Sentencias del Tribunal Constitucional de 28 de marzo de 2011 y del Tribunal Supremo de 13 de mayo de 2011, ambas analizadas anteriormente³⁷³. Vistas desde el prisma de la posibilidad de indemnizar o no por daños, la primera de ellas, la STC 37/2011³⁷⁴, sostiene que no se precisaría la prueba de un daño real para que procediera la indemnización en un caso de falta de información al paciente. Es decir, se trata de una sentencia que promueve la defensa del interés del que ha sido víctima de una *praxis* cuando menos sospechosa, y ante la penosidad de la prueba de la causación de daños y del nexo de causalidad de los mismos, admite la idea de que *no informar per se* un daño y por él se puede indemnizar. Si bien, tal y como indica PASQUAU LIAÑO no se llega a afirmar que quepa esta indemnización de forma independiente a la existencia de un daño provocado por la intervención que se enjuicie (distinto de actuación sin información o sin consentimiento)³⁷⁵.

Según lo que establece la Sentencia del Tribunal Constitucional referida, y en sentido opuesto al que ha entendido PASQUAU LIAÑO, en nuestra opinión es clara la intencionalidad del Alto Tribunal de considerar un título de responsabilidad civil el actuar de espaldas al paciente o cliente de un servicio médico, tenga éste por objetivo sanar o embellecer, sea de carácter público o privado y sea o no sea de vital urgencia y necesidad. Como se ha establecido, existe una ley que proclama el derecho de todos los usuarios de servicios médicos a ser informados adecuadamente de todo cuanto va a suceder y lo que podría suponer esa intervención por lo que evitar u omitir lo que se ha mencionado al respecto de la información, genera responsabilidad, excepto en los casos

³⁷³ Vid. Apartado 1.1 del presente Capítulo.

³⁷⁴ (Analizada en el apartado 1.1. del presente Capítulo). Sentencia del Tribunal Constitucional nº37/2011, Sala Segunda, de 28 de marzo de 2011, RTC 37/2011. Ponente D^a Elisa Pérez Vera.

³⁷⁵ "La sentencia no llega a decir que se produce daño indemnizable aunque no se cause secuela corporal (en el caso esa secuela existió: la pérdida de funcionalidad de una mano), pero, por todos los términos en que se expresa, sí puede ser invocada a favor de la tesis de que en cada caso en que no se informe adecuadamente al paciente antes de obtener su consentimiento para una intervención médica se está vulnerando su derecho fundamental a la integridad corporal, lo que de alguna manera (que no se precisa) debe tener reflejo en la sentencia que se dicte". PASQUAU LIAÑO, Miguel, *op. cit.* Pág. 170.

en los que la propia Ley 41/2002 permita al profesional médico actuar sin el requerido consentimiento.

Contrarios a este pensar jurídico con el que coincidimos sin dudar, están aquellos otros autores que consideran que la infracción de la suficiente información solo podría ser un título de imputación, cuando además de informar deficientemente se ha producido, en el marco de la misma intervención, un daño cierto.

Sin embargo, también la Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de mayo de 2011³⁷⁶ se corresponde con lo referido para la STC 37/2011, es decir, también el Tribunal Supremo consideró un par de meses después de que lo hiciera el Tribunal Constitucional, que actuar sin consentimiento informado es una infracción del deber que el profesional tiene de recabarlo y por tanto es una acción indemnizable, con independencia de que se derive del actuar médico cualquier otro daño corporal. En este caso, como vimos, se indemnizó en concepto de daño moral.

Los autores que defienden que esta forma de generar responsabilidad es incorrecta³⁷⁷, hablan de que sería necesario además de la falta de información o consentimiento que se generase *un daño*, sin entender que, en los casos en que falta consentimiento informado - por insuficiente información o por insuficiente consentimiento - *el daño* es precisamente que falte el referido consentimiento y, es lógica la postura que han defendido en las referidas sentencias los Sumos Tribunales de nuestro Estado. Postura que, sin embargo, se ha ido matizando en el sentido de limitar las indemnizaciones a los casos en que, además de no recabar consentimiento informado, se ha generado un daño corporal.

En nuestra opinión, limitar la postura correcta y volcarse a la visión más restrictiva, favorece a las entidades aseguradoras de los profesionales médicos - que al final son quienes afrontan el pago de este tipo de indemnizaciones - y se salta la correcta aplicación de la normativa estatal en vigor, que considera como un derecho de todo paciente y cliente ser informado y consentir en el sentido más amplio posible de la palabra a sus tratamientos y las intervenciones que van a serle practicadas.

³⁷⁶ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera, de 13 de mayo de 2011, RJ\2011\3279. Ponente D. José Antonio Seijas Quintana

³⁷⁷ Y el máximo exponente, como hemos referido, es el magistrado D. Miguel Pasquau Liaño.

Por ello entendemos que privar a un paciente o usuario de servicios médicos de la información y el consentimiento informado, tanto si los actos pretenden sanarle como si los realiza por finalidades estéticas, supone privarle de la posibilidad de ponderar los riesgos adecuadamente. Es decir, informar de modo deficiente imposibilita al cliente baremar entre los posibles riesgos que acompañan intrínsecamente a la intervención o acto médico y su posible utilidad o capacidad de alterar la situación previa - en nuestro caso de estudio, embellecer -. Y por ende no podemos asegurar que ese sujeto hubiera considerado seguir adelante con la intervención, de haber conocido todo aquello de lo que no se le informó.

Sin embargo, llegados a este punto debemos decir que sí que consideramos acertado el pensamiento de PASQUAU LIAÑO cuando duda al respecto de la idoneidad de la responsabilidad civil como vía para resarcir al perjudicado de la infracción de información³⁷⁸.

Esto merece una explicación: consideramos que en los casos en los que se actúa sin consentimiento informado o con un consentimiento viciado, fruto de una información inexistente o insuficiente, debería acudir (más que a la responsabilidad extracontractual o a la indemnización por daños morales) a una reclamación por incumplimiento contractual, pues el consentimiento informado es elemento esencial de la relación contractual existente entre médico y paciente, o, médico y cliente. Así, coincidimos con la idea del magistrado citado, al respecto de que la responsabilidad civil no es quizá el mecanismo más correcto, pero no porque no deba resarcirse el hecho de que no se recabe el consentimiento informado, sino porque consideramos que es más acertado recurrir a la reclamación por incumplimiento contractual, al estar tan vinculado el consentimiento informado al propio consentimiento contractual, especialmente en nuestro ámbito de estudio.

Coincide con esta tesis la Sección Undécima de la Audiencia Provincial de Madrid, que en Sentencia de 1 de abril de 2014 admite la decisión del juzgado de instancia de sancionar por no haber informado correctamente - incluso cuando el

³⁷⁸ Señala el autor: *"la responsabilidad civil no es un instrumento idóneo para blindar el derecho a recibir información. La responsabilidad civil no es sanción, sino reparación, y por ello el elemento desencadenante no puede ser la constatación de un mal hacer en materia de información de riesgos, sino la producción de un daño indemnizable. Si en la causación del daño ha intervenido culpa, negligencia, o cualquier otro título de imputación (...) la infracción o la observancia del deber de informar apenas tienen relevancia"*. PASQUAU LIAÑO, Miguel, cit. *supra* pág. 177.

demandante hablaba de mala praxis, sin hacer expresa mención a los daños causados por no informar -. Señala la sentencia que el consentimiento informado es un elemento legalmente exigible y su vulneración constituye una infracción de la *lex artis ad hoc*³⁷⁹.

Sin embargo, esto también ha sido matizado y suavizado por la jurisprudencia del Tribunal Supremo, que se ha encargado de ir reduciendo o eliminando las consecuencias de no informar o informar deficientemente a los pacientes y clientes. Como señala acertadamente BLANCO PÉREZ-RUBIO *"la jurisprudencia insiste en que, toda vez que la responsabilidad civil presupone necesariamente la existencia de un daño, la denuncia por información deficiente resulta civilmente intrascendente cuando no existe ningún daño vinculado a su omisión o a la propia intervención médica"*³⁸⁰.

Algo que en nuestra opinión no tiene demasiada lógica, cuando vemos que la Ley 41/2002, no solo sigue vigente, sino que ha sido modificada en alguna ocasión y, pese a ello, sigue manteniendo claramente la relevancia de la información y del consentimiento informado, por lo que en nuestro parecer el daño es más que evidente: la propia vulneración de la autodeterminación del paciente.

Claros ejemplos de las posturas más reticentes al respecto de la indemnización o reparación de la actuación sin información o sin consentimiento informado los hallamos al analizar las SSTs de 21 de diciembre de 2006³⁸¹ y de 14 de mayo de 2008³⁸², dado que ambas consideran innecesario indemnizar a los afectados por la desinformación.

La sentencia del año 2008, en un caso en que no consigue demostrarse que el daño padecido por el paciente esté vinculado a la actuación del profesional, dado que el afectado estaba afectado por una patología degenerativa y podían ser daños propios o derivados de la misma, señala, - haciendo referencia a la STS de 2006 (aunque esta no

³⁷⁹ Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección Undécima, de 1 de abril de 2014. RJ JUR\2014\125175. Ponente D^a M^a de los Desamparados Delgado Tortosa. Se establece literalmente: *"sin que se altere la causa de pedir, entendida como conjunto de hechos decisivos y concretos, en suma relevantes, que fundamentan la pretensión razonando sobre el consentimiento informado que, como sin duda conoce el apelante, constituye una exigencia ética y legalmente exigible a los miembros de la profesión médica, recogida en la Ley 41/2002 (...), teniendo además declarado la jurisprudencia que la vulneración del deber de obtener consentimiento informado constituye infracción de la <<lex artis ad hoc>>"*.

³⁸⁰ BLANCO PÉREZ-RUBIO, *Op. cit.* Pág. 124

³⁸¹ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 18 de julio de 2006. Ponente D. José Almagro Nosete. RJ\2006\4947

³⁸² Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 14 de mayo de 2008. Ponente D. José Antonio Seijas Quintana. RJ\2008\3072.

entró a valorar la falta de información porque se alegó solo ante el Tribunal Supremo y no con anterioridad) -, que pese a que se entienda que vulnerar el deber de obtener el consentimiento informado supone una infracción de la *lex artis*, no se puede considerar que exista ningún daño vinculado, en el caso que se analizó, a la propia inexistencia del consentimiento³⁸³. No podemos estar más en desacuerdo con la aseveración del Tribunal, dicho sea con el mayor de los respetos.

A modo de clausura vamos a dejar anotada nuestra opinión, coincidente con la de GALÁN CORTÉS, al respecto de la situación contraria, es decir, la situación en la que no hay defecto de información, en la que se basa la teoría de la *Medicina Defensiva*³⁸⁴, y que en un principio no aporta ningún conflicto, pues, si no hay defecto de información y se consiente correctamente, pocas dudas podrán existir, al menos en lo relativo al consentimiento.

Esta situación tiene relevancia solo a efectos de dejar claro que, como expone GALÁN CORTÉS actuar con consentimiento informado no exonera automáticamente al profesional³⁸⁵. Lo que a nosotros nos sirve para considerar que, si bien actuar sin información puede ser motivo de suficiente entidad como para iniciar un proceso y que el perjudicado sea resarcido³⁸⁶, actuar con él, no puede ser suficiente salvaguarda para las actuaciones que se aparten de la *lex artis*, aun existiendo el debido consentimiento informado.

³⁸³ Señala el Fundamento de Derecho Segundo (final) de la STS de 14 de mayo de 2008 que "*ahora bien, aun reconociendo que la vulneración del deber de obtener el consentimiento informado constituye una infracción de la lex artis ad hoc, basta para desestimar esta alegación el hecho de que no existe ningún daño vinculado a su omisión o a la propia intervención médica puesto que las secuelas aparecen asociadas al proceso degenerativo de la enfermedad padecida por la actora*".

³⁸⁴ La Medicina Defensiva es una corriente actual, cada vez en mayor auge, mediante la cual los profesionales de la salud, ante el aumento de litigios y reclamaciones pecuniarias tras sus intervenciones, se transforman en verdaderos expertos de las técnicas jurídicas de exoneración de la responsabilidad y, por ello, entre otras prácticas, perfeccionan el consentimiento informado, y dejan buena constancia de él, por escrito y en la historia clínica, no solo con el objetivo de proteger a los pacientes o clientes, sino con vistas a tener elementos de prueba sobre lo informado y consentido.

³⁸⁵ Señalaba el autor: "*en todo caso, resulta evidente que el consentimiento del paciente no legitima ni exonera de responsabilidad cualquier actuación médica, si la misma resultaba improcedente o en su ejecución el médico se desvió de la lex artis ad hoc. Podría decirse, por consiguiente, que el consentimiento no constituye una patente de corso, de tal manera que la intervención médica habrá de juzgarse de acuerdo con los cánones científicos del momento, y generará responsabilidad si fue realizada de forma inadecuada, aunque mediara consentimiento e información sobre los riesgos surgidos, si éstos son resultado de un anómalo proceder*". GALÁN CORTÉS, Julio César, *Responsabilidad Médica y Consentimiento Informado*. Ed. Civitas - 1ª edición. 2001. Madrid. Pág. 168 - 169.

³⁸⁶ Cuestión que sabemos que GALÁN CORTÉS no comparte con nosotros.

6. El Consentimiento informado relativo a los actos médicos de satisfacción en el derecho francés e italiano

Como hemos visto en los primeros apartados del presente capítulo, el consentimiento informado tiene su origen en los sistemas jurídicos anglosajones y se ha ido introduciendo en los distintos países de nuestro entorno con enorme diversidad de intensidad.

En el caso de Francia, el "*consentement éclairé*" se encuentra regulado en varios artículos del *Code de la Santé Publique*, como por ejemplo en el art. L1111-4, que señala, entre otras cosas "*ningún acto médico ni ningún tratamiento puede ser realizado sin el consentimiento libre e informado de la persona y ese consentimiento puede ser retirado en cualquier momento*"³⁸⁷, además, dentro del propio *Code* francés de la salud pública, encontramos el Código Deontológico de los profesionales médicos³⁸⁸, y dentro de ese código deontológico, destacamos el artículo R4127-36, que establece "*el consentimiento de la persona examinada o dictaminada debe obtenerse en todos los casos*"³⁸⁹.

Es evidente, ya en este primer momento, que la norma francesa, a diferencia de la española, huye del concepto paciente o enfermo, y habla en todo caso de personas, aspecto que consideramos un verdadero acierto. Si ello fuera así en nuestra regulación, quizá no sería necesario que insistiéramos tanto en el concepto de cliente de servicios médico-estéticos de ámbito privado, porque al tratar los médicos con personas y no con pacientes, es más fácilmente asumible que, a veces, la persona sea cliente y en otras sea enfermo.

En relación con el consentimiento informado en menores e incapaces, encontramos el artículo R4127-42, también en sede de Código Deontológico, incluido dentro del código de salud pública, que señala que:

³⁸⁷ Traducción propia del original: "*aucun acte médical ni aucun traitement ne peut être pratiqué sans le consentement libre et éclairé de la personne et ce consentement peut être retiré à tout moment*".

³⁸⁸ Arts. R4127-1 y ss.

³⁸⁹ Traducción propia del original: "*le consentement de la personne examinée o soignée doit être recherché dans tous les cas*".

*"(...) un médecin llamado a prestar asistencia a un menor o aun mayor incapaz debe esforzarse en advertir a sus progenitores o representantes legales para obtener su consentimiento informado. (...) Si se puede recopilar el consentimiento del interesado [menor o incapaz], el médico deberá tenerlo en cuenta en la medida de lo posible"*³⁹⁰.

En este punto, observamos algunas similitudes con el Derecho Español, pero es evidente que las previsiones al respecto de la capacidad del menor están más detalladas en la ley 41/2002, ya estudiada en apartados anteriores.

Al respecto del consentimiento informado en actos médicos de satisfacción con finalidad estética, el artículo L.6322-2 del *Code de la Santé Publique*, establece unas normas más profundas y concretas sobre la información que debe recibir la persona, literalmente dice el artículo L.6322-2:

*"Para cualquier prestación de cirugía estética, la persona implicada y, en su caso, su representante legal, deben ser informados por el médico responsable de las condiciones de la intervención, de los riesgos y de las posibles consecuencias y complicaciones. Esta información estará acompañada por la presentación de un presupuesto detallado. Deberá respetarse un tiempo mínimo entre la entrega del presupuesto y la realización de la intervención. Durante este periodo, no se puede exigir u obtener de la persona interesada ninguna contrapartida o compromiso, a excepción de los honorarios relativos a las consultas previas a la intervención"*³⁹¹.

Este artículo L6322-2, ha sido analizado recientemente por el Senado Francés, concretamente por el Senador CAZEAU, que sobre el mismo ha referido que recoge *"las disposiciones específicas relativas a la obligación de información sobre la cirugía estética. Este régimen especial, más exigente debido a la falta de propósito terapéutico de las intervenciones, se ha inspirado en gran medida por la jurisprudencia"*³⁹². Como

³⁹⁰ Traducción propia del original: *"(...) un médecin appelé à donner des soins à un mineur ou à un majeur protégé doit s'efforcer de prévenir ses parents ou son représentant légal et d'obtenir leur consentement. (...) Si l'avis de l'intéressé peut être recueilli, le médecin doit en tenir compte dans toute la mesure du possible"*.

³⁹¹ Traducción propia del original: *"Pour toute prestation de chirurgie esthétique, la personne concernée, et, s'il y a lieu, son représentant légal, doivent être informés par le praticien responsable des conditions de l'intervention, des risques et des éventuelles conséquences et complications. Cette information est accompagnée de la remise d'un devis détaillé. Un délai minimum doit être respecté par le praticien entre la remise de ce devis et l'intervention éventuelle. Pendant cette période, il ne peut être exigé ou obtenu de la personne concernée une contrepartie quelconque ni aucun engagement à l'exception des honoraires afférents aux consultations préalables à l'intervention"*.

³⁹² Traducción propia del original: *"des dispositions spécifiques relatives à l'obligation d'information en matière de chirurgie esthétique. Ce régime spécial, plus exigeant en raison de l'absence de finalité thérapeutique des interventions réalisées, s'est très largement inspiré de la jurisprudence"*. La cita se extrae de la obra del Senador Francés Bernard Cazeau: CAZEAU, Bernard (dir.), *Rapport d'Information*

observamos, en el país galo existe la previsión de que la información sea mucho más completa en caso de cirugía estética (no se dice nada al respecto de la medicina estética no quirúrgica), lo que supone una diferencia con lo que hemos expuesto a respecto de la información en estos tratamientos en nuestro país, pues aunque en España también haya corrientes doctrinales que apuesten por defender que la información debe ser más completa en estos casos, la normativa no recoge, como sí lo hace en Francia, unas previsiones más garantistas al respecto de la información de los clientes que de los pacientes.

Consideramos muy relevante analizar brevemente la Sentencia de la *Court d'Appel de Versailles* de 10 de febrero de 2006³⁹³, que resuelve un caso en el que un médico generalista que practicaba la medicina estética³⁹⁴ inyectó en repetidas ocasiones un producto (dermalive) en la cara de su clienta, con el objetivo de reducir las arrugas e imperfecciones cutáneas. Al cabo de un breve espacio de tiempo, aparecieron nódulos en el rostro de la clienta, concretamente en los lugares en los que se había inyectado el producto. La perjudicada demanda a la sociedad comercializadora del producto y al profesional médico que se lo inyectó. Si nos centramos en las alegaciones en apelación frente al doctor, la corte de apelación de Versailles señala que: "*[el doctor] no había informado a la señora X de la posible aparición de complicaciones tales como granulomas inflamatorios en el transcurso de las inyecciones que se estaban considerando, conservando la responsabilidad profesional por los daños sobrevenidos a la señora X sobre la base del artículo 1147 del código civil*"³⁹⁵.

fai au nom de la Mission commune d'information portant sur les dispositifs médicaux implantables et les interventions à visée esthétique. Sénat de la France. Session Extraordinaire de 2011-2012. N° 653. Disponible en: <http://www.senat.fr/rap/r11-653-1/r11-653-11.pdf>. Pág. 68. (Consultado el 19 de febrero de 2017).

³⁹³ *Court d'Appel de Versailles, 3ème Chambre (Civil), 10 février 2006. RG: 04/06893. Président: Madame WALLON.* - Corte de Apelación de Versalles, Sala Tercera (Civil), de 10 de febrero de 2006, núm. de registro 04/06893. Presidente Sra. Wallon. Disponible en: <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000006948744&fastReqId=955025403&fastPos=5> (Consultada el 29 de septiembre de 2016).

³⁹⁴ Es significativa esta situación, que recoge la sentencia en sus antecedentes, pues tal y como vimos en el apartado de Derecho Comparado del capítulo anterior, en Francia - como en España - no existe especialización de medicina estética, sino solo de cirugía estética.

³⁹⁵ Traducción propia del original: "*[le Docteur] n'avait pas informé Mme. X de la possible survenue de complications à type de granulomes inflammatoires au decours des injections qui étaient envisagées, ont retenu la responsabilité de ce praticien dans la survenance des dommages subis par Mme. X sur le fondement de l'article 1147 du code civil*".

Cabe señalar que en este caso, la culpa del doctor no era exclusivamente no haber informado correctamente a la perjudicada, sino que en la propia realización de las inyecciones, no observó las recomendaciones del producto, por lo que la responsabilidad que se le imputó no es exclusivamente debida a la deficiencia de la información proporcionada, sino por ambas causas: la insuficiente información y la mala praxis, al no aplicar el producto observando sus recomendaciones de uso.

En el caso del ordenamiento jurídico italiano, la figura de "*il consenso informato*" se encuentra vinculada estrechamente a la ratificación del Convenio de Oviedo, que se realizó mediante la *Legge 145/2001, de 28 de marzo 2001*³⁹⁶.

Además, tal y como sucede en el caso francés³⁹⁷, también hay previsiones sobre el consentimiento informado dentro del Código de Deontología Médica³⁹⁸. En él se definen muchas de las características del consentimiento, especialmente en los artículos 33 a 39, que en definitiva no se apartan demasiado de las características observadas en relación con el consentimiento informado en España, pues la fuente común de ambos países es el Convenio de Oviedo de 1997.

Del estudio de las resoluciones de Casación Italianas observamos que, tal y como también sucede en España, se suele identificar el consentimiento informado con los derechos y deberes de los ciudadanos reconocidos por la Carta Magna, en concreto, se alude a los artículos 13 y 32 de la *Costituzione della Repubblica Italiana*³⁹⁹.

³⁹⁶ *Legge n. 145, 28 marzo 2001 "Ratifica ed esecuzione della Convenzione del Consiglio d'Europa per la protezione dei diritti dell'uomo e della dignità dell'essere umano riguardo all'applicazione della biologia e della medicina: Convenzione sui diritti dell'uomo e sulla biomedicina, fatta a Oviedo il 4 aprile 1997, nonché del Protocollo addizionale del 12 gennaio 1998, n. 168, sul divieto di clonazione di esseri umani" pubblicata nella Gazzetta Ufficiale n. 95 del 24 aprile 2001. - Ley núm. 145, de 28 de marzo de 2001, de "Ratificación y ejecución del Convenio de Oviedo de 1997". Publicada en la Gaceta Oficial Italiana núm. 95 de 24 de Abril de 2001.*

³⁹⁷ Aunque con matices, pues el Código de Deontología Médica francés está incluido dentro del Código de Salud Pública, algo que no sucede en el caso italiano.

³⁹⁸ *Codice di Deontologia Medica (2014). Federazione Nazionale degli Ordini dei Medici Chirurghi e degli Odontoiatri. (Modificato il 19 maggio 2016).* Disponible en: http://www.ordinemedct.it/wp-content/uploads/2014/07/Codice_di_Deontologia_Medica_2014.pdf (Consultado el 29 de septiembre de 2016).

³⁹⁹ *Costituzione della Repubblica Italiana - 22 dicembre de 1947.* (Constitución Italiana de 22 de diciembre de 1947 - texto consolidado en 2012). Disponible en: <https://www.senato.it/documenti/repository/istituzione/costituzione.pdf> (Consultada 29 septiembre 2016).

El artículo 13 señala que *"la libertad personal es inviolable (...) "*⁴⁰⁰, y el artículo 32 establece que:

*"La Repubblica tutela la salute come un diritto fondamentale del individuo y como interés colectivo, y garantiza la atención médica gratuita a los indigentes. Nadie puede ser obligado a un tratamiento sanitario específico salvo por disposición legal. La ley no podrá en ningún caso violar los límites impuestos por el respeto a la persona humana"*⁴⁰¹.

Es muy relevante, dentro de la materia del consentimiento informado, la *Sentenze Cassazione, Terza Civile, num. 16047 anno 2012*⁴⁰², que argumenta, para rechazar uno de los motivos de casación interpuestos por el médico que introdujo el balón gástrico a la persona perjudicada:

*"(...) cabe reiterar que: a) el derecho del paciente a la información sobre la intervención médica para la enfermedad de la que está afecto está protegida en los artículos 32 y 13 de la constitución; b) por lo tanto a la formación del contrato de un servicio de salud, es necesario que la propuesta del médico sea compartida plena y conscientemente por el paciente; c) a tal fin, la información debe fraccionarse y corresponderse con cada fase de la intervención y de la prestación concreta y se extiende a los riesgos, a los resultados que deben conseguirse y a las posibles consecuencias negativas, según la diligencia cualificada del profesional (art. 1223 y 1176 del Cod. civ.); d) por lo tanto, es necesario que el médico obtenga el consentimiento informado del paciente, que constituye el límite a su criterio técnico profesional en el cuidado de la salud del paciente, y la prueba de su cumplimiento - rigurosa y no presumible - corresponde al médico; e) consecuentemente, no se puede transmitir la carga de las obligaciones de asistencia y la cooperación al paciente o imputar el incumplimiento de los requisitos técnicos, si el médico no prueba haber comunicado adecuadamente, junto con los riesgos, en caso de incumplimiento y viceversa son atribuibles a los eventos médicos que suceden al paciente, incluso durante el tratamiento terapéutico, si se ha omitido la información"*⁴⁰³.

⁴⁰⁰ Traducción propia del original: *"la libertà personale è inviolabile (...) "*.

⁴⁰¹ Traducción propia del original: *"La Repubblica tutela la salute come fondamentale diritto dell'individuo e interesse della collettività, e garantisce cure gratuite agli indigenti. Nessuno può essere obbligato a un determinato trattamento sanitario se non per disposizione di legge. La legge non può in nessun caso violare i limiti imposti dal rispetto della persona umana"*.

⁴⁰² *Sentenze Cassazione, Terza Civile, num. 16047 del 21/09/2012. Relatore Chiarini Maria Margherita.* (Sentencia de Casación, Sala Tercera Civil, núm. 16047 de 21 de septiembre de 2012. Ponente Chiarini Maria Margherita). Disponible en: <http://www.italgiure.giustizia.it/xway/application/nif/clean/hc.dll?verbo=attach&db=snciv&id=../20120924/snciv@s30@a2012@n16047@tS.clean.pdf> (Consultada el 29 de septiembre de 2016).

⁴⁰³ Traducción propia del original: *"Va infatti ribadito che: a) il diritto del paziente all'informazione sull'intervento medico per la patologia di cui egli è affetto è tutelato dagli artt. 32, secondo comma e 13 della Costituzione; b) pertanto per il formarsi del contratto avente ad oggetto una prestazione sanitaria è*

Así, vemos como ante la falta de previsión normativa específica del consentimiento informado, en una ley que pudiera ser similar a la Ley 41/2002, en Italia se acude a la ratificación del Convenio de Oviedo, al Código de Deontología Médica y a los derechos y deberes de los ciudadanos recogidos en la Constitución y, además, se vincula la falta consentimiento informado a algún daño, y se siguen las pautas que para la responsabilidad civil serán observadas cuando estudiemos el derecho comparado en relación con la responsabilidad civil⁴⁰⁴, algo que consideramos que Italia podría resolver de promulgar una ley que desarrollara de forma más amplia la cuestión, nada anecdótica del consentimiento informado.

necessario che la proposta del medico sia pienamente e consapevolmente condivisa dal paziente; c) a tal fine l'informazione deve esser frazionata in corrispondenza di ogni singola fase dell'intervento e della relativa prestazione ed estesa ai rischi, ai risultati conseguibili e alle possibili conseguenze negative, secondo la diligenza qualificata del professionista (artt. 1223 e 1176 cod. civ.); d) perciò obbligo del medico ottenere dal paziente il consenso informato, costituente il limite alla sua discrezionalità tecnica professionale nella cura della salute del paziente, e la prova del relativo adempimento - rigorosa e non presuntiva - spetta al medico; e) conseguentemente non si possono accollare al paziente oneri di precauzione e cooperazione o imputare l' inosservanza delle prescrizioni tecniche se il medico non prova di averle adeguatamente comunicate, congiuntamente ai rischi in caso di mancato rispetto, e viceversa sono imputabili al medico gli eventi che accadono al paziente anche nel corso del trattamento terapeutico, se ne è stata omessa l' informazione".

⁴⁰⁴ Es decir, en el último apartado del Capítulo IV.

CAPÍTULO III. EL CONTRATO DE ACTOS MÉDICOS DE SATISFACCIÓN CON FINALIDAD ESTÉTICA

1. Introducción a la naturaleza jurídica del contrato de servicios médicos con finalidad estética

Tradicionalmente, cuando se realiza el análisis de un contrato o de una figura contractual, se la intenta categorizar dentro de los contratos típicos que el Código Civil establece, y cuando no es posible ajustar la figura a ninguno de los *tipos contractuales*, se considera que la misma se celebra mediante un contrato atípico, fruto del acuerdo de voluntades de las partes.

Sin embargo, categorizar entre típicos y atípicos, no es hoy en día la más compleja de las labores a realizar pues, como veremos, lo realmente difícil en la actualidad es encajar cualquier tipo de contrato que se celebre en pleno siglo XXI, en los esquemas contractuales de celebración y perfección de negocios jurídicos del siglo XIX, que son las que se plasmaron en nuestro Código Civil.

Si nos arriesgamos un poco, podríamos aventurarnos a decir que, en la actualidad, casi todos los contratos civiles son atípicos, pues es realmente complejo que los elementos que se preveían en el momento de elaboración del Código, hayan sobrevivido inmutables durante más de cien años, aún más cuando observamos la velocidad que están tomando los cambios en la era digital en la que estamos, y la entidad que están alcanzando los negocios jurídicos que se celebran⁴⁰⁵.

El contexto de cambios ha motivado que surgieran corrientes modificadoras o actualizadoras del Código y que algunas materias, como la defensa de los consumidores, hayan sido extraídas del mismo, a través de la aprobación de leyes específicas que, como en el caso de las referidas normas de protección de los

⁴⁰⁵ Siguiendo con esta idea considero, como se verá, que en nuestro día a día, realizamos ficciones jurídicas para intentar que los contratos que celebramos actualmente *se parezcan* a los contratos recogidos en nuestro Código Civil y en las leyes especiales. Sin embargo, en mi opinión, algunos de los negocios jurídicos que celebramos más cotidianamente, como la compraventa, el arrendamiento de bienes inmuebles, el contrato de servicios médicos privados y otros muchos, son extremadamente complejos de ajustar a las ideas del siglo XIX o incluso anteriores que sobreviven en nuestro Derecho de obligaciones y contratos. Es decir, que uno de los aspectos más complejos es ajustar un contrato del siglo XXI a un esquema que tiene más de un siglo.

consumidores y usuarios, han hecho que se deba atender a más de una fuente, para estudiar completamente una figura civil. Así nos sucede a nosotros, en el estudio del contrato que vincula al médico privado y especialista en medicina estética, o a la clínica privada que oferta servicios de medicina estética, y al cliente, que además es consumidor, de servicios médico-estéticos⁴⁰⁶.

En el presente capítulo se analiza la figura del *contrato de servicios médico-estéticos de ámbito privado* y se intenta actualizar el mismo, viendo la posibilidad de su cabida, o no, en las distintas figuras contractuales que establece el Código civil y de las leyes especiales que pueden afectarlo. Especialmente dentro del contrato de arrendamiento de obra y del contrato de arrendamiento de servicios, pues hay una cantidad nada desdeñable de sentencias y de textos doctrinales que discuten sobre estas figuras contractuales en concreto. Sin olvidar que, siendo un tema ya clásico, existe una enorme discrepancia doctrinal, en la categorización de las obligaciones que adquieren los profesionales en este ámbito de la medicina. Además todo ello tiene una especial relevancia a la hora de analizar la posible responsabilidad civil contractual que se derive de estos negocios jurídicos.

Con el objetivo de que resulte más fácil alcanzar una conclusión, se ha partido para la realización del presente estudio de las teorías del Derecho de contratos y obligaciones de los expertos doctrinales de mayor relevancia en nuestro país. Asimismo, se ha considerado oportuno distinguir entre los elementos del contrato que podemos considerar pacíficos, pero de los que resulta interesante su análisis y, separadamente, se analiza la problemática doctrinal y jurisprudencial al respecto del contrato de arrendamiento de obra y el contrato de arrendamiento de servicios, y las obligaciones

⁴⁰⁶ Es consumidor por cuanto el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias (BOE núm. 287, de 30 de noviembre de 2007), en su artículo 3º establece que "*a efectos de esta norma y sin perjuicio de lo dispuesto expresamente en sus libros tercero y cuarto, son consumidores o usuarios las personas físicas que actúen con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión*". Pues bien, como ya se vio en el Capítulo I del presente estudio, no cabe la posibilidad de que un cliente de actos médicos de satisfacción con finalidad estética, esté actuando dentro de su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión, por ende, son clientes con la consideración de consumidores. Sin embargo, como vimos, en caso de responsabilidad en el servicio, el régimen de protección de los consumidores solo podrá entrar en juego en lo relativo a defectos en el servicio (*funcionamiento del servicio*) o en su calidad (falta de cama, caídas en el centro de salud por el suelo mojado,...) pero no se considera que la actuación del profesional pueda ser enjuiciada por esta vía, pues se sigue acudiendo a una responsabilidad culpabilística en estos casos. (Vid. Capítulo I. Apartado 4º).

que, en virtud de si nos decantamos por una u otra figura contractual se generarán a las partes⁴⁰⁷.

También estudiamos, asimismo, otras cuestiones que consideramos de especial relevancia en este marco contractual como son, a modo de ejemplo, los aspectos precontractuales, el contrato accesorio de financiación de las intervenciones médico estéticas, y la afectación que sobre el contrato tiene el proyecto de reforma del Código Civil, que desde hace varios años se atisba tímidamente por el horizonte de la actualidad jurídica. Además, en atención a la literalidad del artículo 1089 CC⁴⁰⁸, analizaremos las obligaciones que emanan del contrato.

1.1. Categorización del contrato

Parece lógico, como hemos señalado ya, acudir en primer lugar a las figuras más clásicas para intentar caracterizar los contratos que celebran las partes que hemos estudiado con anterioridad. No es tema baladí, pues de entender que estamos frente a un tipo contractual o frente a otro, con unas características o con otras, se podrá considerar oportuna, o no, la posibilidad de que el perjudicado por una supuesta *mala praxis* médica pueda, o no, reclamar ante distintas situaciones y hasta un cierto nivel de exigencia, cuando el contrato deba ser interpretado atendiendo a las reglas del Código, por la poca concreción del mismo.

Cabe, en este punto, hacer alguna apreciación de carácter previo. En virtud del artículo 1255 CC⁴⁰⁹ que recoge el *principio general de libertad de pacto* o de *autonomía contractual*, cabe acudir a la categorización del contrato y a la clasificación del mismo dentro de los distintos tipos contractuales existentes pero exclusivamente para todo aquello que las partes no previeron en la realización de su contrato, o para

⁴⁰⁷ Aún a riesgo de parecer demasiado aventurado, me atreveré también dentro del presente capítulo a desarrollar mi tesis personal, según la cual, siguiendo con la idea ya apuntada en el presente epígrafe, podríamos considerar que el contrato que *de facto* celebran un particular y un médico o una clínica estética no es ni un contrato de arrendamiento de obra, ni un contrato de arrendamiento de servicios, sino que se trata de un contrato atípico y deberemos estar a lo realmente pactado de cara a su interpretación y a la consideración de las obligaciones que las partes adquieren tras su celebración, a lo que deberá sumarse la aplicación de las reglas generales sobre contratos y obligaciones del CC.

⁴⁰⁸ Art. 1089 CC "*Las obligaciones nacen de la ley, de los contratos y cuasi contratos, y de los actos y omisiones ilícitos o en que intervenga cualquier género de culpa o negligencia*".

⁴⁰⁹ Art. 1255 CC "*Los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral, ni al orden público*".

estudiar si lo pactado resulta contrario a las reglas imperativas que rijan ese contrato, pues el propio precepto citado establece como límite a la libertad de la voluntad de las partes, que los contratos celebrados no sean contrarios a las leyes, a la moral ni al orden público.

A continuación analizamos las características comunes más evidentes y que más frecuentemente hallaremos al analizar los contratos que concretamente hayan celebrado las partes en los casos reales⁴¹⁰. Esto no impide que podamos encontrar contratos en la práctica que no se ajusten a las características que se observarán en el presente capítulo, pues el principio de autonomía de la voluntad de las partes aludido, faculta que puedan existir contratos muy distintos entre sí, dado que en los contratos *cabe todo*, siempre que se respeten los límites indicados por la norma señalada.

a) Contrato *intuitu personae*

Cuando nos situamos ante el negocio jurídico que celebran un médico especialista en medicina estética y un cliente, aquello que podemos, en un primer momento tener claro, como punto de partida, es que estamos ante un contrato de marcado *carácter personalista*⁴¹¹, dado que se suscribe, como veremos, una obligación de hacer con una contraprestación y el acreedor tiene, *a priori*⁴¹², absoluta libertad en la elección del profesional que pretende para que se lleve a cabo la intervención o acto médico de satisfacción con finalidad estética, sobre su persona.

⁴¹⁰ El listado de características que se analizan a continuación, de igual modo que sucederá cuando se analicen las obligaciones derivadas de estos contratos, no son ni pretenden ser una lista cerrada, sino una recopilación y breve explicación de las características más comunes en los contratos que los profesionales médicos de medicina estética y sus clientes celebran.

⁴¹¹ Señala SÁNCHEZ GÓMEZ "el <<facere>> a que queda obligado el médico se caracteriza porque las cualidades personales de éste son, en la mayoría de ocasiones, determinantes en la celebración del contrato. Por decirlo de otro modo, existe un <<intuitu personae>> que nace de la confianza que el profesional inspira al paciente". Vid. SÁNCHEZ GÓMEZ, Amelia, *Contrato de servicios médicos... op. cit.* Pág. 106.

⁴¹² Sobre la libertad del acreedor en la elección del profesional, en la práctica existe ocasiones donde el acreedor acude a un centro o clínica de medicina estética y en él desarrollan sus actuaciones distintos profesionales médicos. En estos casos puede que el cliente no seleccione concretamente qué profesional pretende - aunque nada lo impide - pero, en la práctica, haciendo la selección de clínica estética ya está escogiendo al deudor que desea, aunque debamos entender esa elección personalista como capaz de abarcar a la persona jurídica deudora y no solo a la persona física deudora - centro y médico, respectivamente -.

Este tipo de obligaciones se conoce como *intuitu personae* por la doctrina clásica y siempre se han definido como relaciones en las que tiene una especial relevancia la persona del contratante deudor, que es la persona que asume, la realización de una actividad de cumplimiento, excluyéndose la actuación de terceros en sustitución del deudor. Como veremos al abordar las partes del contrato, en la actualidad, parece algo complejo señalar que el contrato contiene una obligación de hacer personalísima cuando el deudor es una persona jurídica en la que intervienen distintos profesionales. No obstante, observando la cantidad de profesionales médicos y clínicas y centros privados de medicina estética, consideramos que el acreedor realiza una selección dentro de los cientos o miles de posibles profesionales que podrían realizar el acto médico - y también, en su caso, una selección dentro de las innumerables clínicas o centros médicos que ofertan la intervención pretendida - y que esa selección le confiere un marcado carácter personalísimo al contrato.

Como GÁLVEZ CRIADO señala la expresión *intuitu personae*, no aparece expresamente recogida en nuestro ordenamiento jurídico, sin embargo el ordenamiento sí que recoge expresamente las consecuencias de este tipo de obligaciones⁴¹³, concretamente el artículo 1161 del CC establece que en las obligaciones de hacer, como la del médico y el paciente, el acreedor (paciente o *paciente-cliente*) no puede ser forzado u obligado a recibir el servicio de un tercero que no sea el deudor seleccionado por él, *cuando la calidad y circunstancias de la persona del deudor se hubiesen tenido en cuenta al establecer la obligación*. En nuestro caso objeto de estudio, el deudor seleccionado es el médico escogido para llevar a cabo el acto médico de satisfacción, o el centro o clínica médico estética escogida, y considero que estamos ante un *intuitus personae debitoris*.

⁴¹³ Señala el autor: "la expresión <<intuitu personae>> no es una expresión técnica, ni siquiera es citada en nuestro ordenamiento jurídico, cuya expresión más cercana es la referencia del art. 709 LEC a la ejecución de condena de hacer personalísimo (...). Sin embargo, el Ordenamiento conoce el principal efecto o consecuencia de la obligación <<intuitu personae>> (o personalísima): aquella obligación (de hacer, en este caso) en la que <<la calidad y circunstancias de la persona del deudor se hubiesen tenido en cuenta al establecer la obligación>> (art. 1161 CC), de tal forma que el obligado lo está a cumplir personalmente la prestación prometida, excluyéndose la posibilidad de que un tercero pueda hacerlo por él, siendo ésta su característica principal". GÁLVEZ CRIADO, Antonio, *La relevancia de la persona en los contratos de obra y servicio*. Ed. Tirant lo Blanch - Monografías. 2008. Valencia. Pág. 16.

La doctrina que desarrolla el artículo 1161 del CC⁴¹⁴ coincide en señalar que el artículo establece la limitación en interés del acreedor que decide quién es el deudor que le interesa tener de cara al cumplimiento de la prestación pretendida. En nuestro tema objeto de estudio, la figura del *intuitu personae* se engarza sin ningún tipo de duda pues, como hemos señalado, la figura del profesional médico, que será deudor de la prestación de hacer, es muy relevante.

El particular (paciente o *paciente-cliente*) *selecciona* al médico que más le gusta o que le parece más oportuno motivado por diferentes circunstancias tales como el prestigio del mismo, el saber hacer, el precio, la proximidad a su domicilio o cualquier otra causa (que no tiene porqué detallar) y el deudor se obliga a ser él mismo el que realice la intervención.

Acertadamente, en nuestra opinión, señalan GÁLVEZ⁴¹⁵ y también SÁNCHEZ GÓMEZ⁴¹⁶ que estamos ante una *prestación infungible* porque no se admite el pago o la realización por un tercero.

Como hemos señalado, no resulta para nada indiferente quién realice la obligación contratada y, de hecho, sólo la puede llevar a cabo el deudor seleccionado (*infungibilidad subjetiva*). Lo que conlleva la imposibilidad de que un tercero realice la prestación. La infungibilidad es efecto del hecho de que estemos ante relaciones *intuitu personae*. Tradicionalmente se estudian estas figuras en relación con las obligaciones de hacer, hablando de las habilidades del *intuitu* y por ejemplo en el ámbito de las artes plásticas. Pero resulta evidente que en nuestro objeto de estudio las obligaciones y contratos celebrados vienen caracterizados por la infungibilidad y por el hecho de ser obligaciones personalísimas.

⁴¹⁴ Art. 1161 CC "En las obligaciones de hacer el acreedor no podrá ser compelido a recibir la prestación o el servicio de un tercero, cuando la calidad y circunstancias de la persona del deudor se hubiesen tenido en cuenta al establecer la obligación".

⁴¹⁵El autor establece: "la prestación debida es infungible porque el pago de un tercero conllevaría un <<aliud pro alio>> (...). Un ejemplo de obligación <<intuitu personae>> nos brinda el art. 1595.I CC, en sede de contrato de obra, al establecer <<cuando se ha encargado cierta obra a una persona por razón de sus cualidades personales, el contrato se rescinde por la muerte de esta persona>>, pues resulta evidente que si las obligaciones <<intuitu personae>> exigen el cumplimiento personal del deudor, se extingan con la muerte de éste". GÁLVEZ CRIADO, Antonio, *Op. cit.* Pág. 19.

⁴¹⁶ La autora considera: "Existe un <<intuitu personae>> que nace de la confianza que el profesional inspira al paciente y que convierte dicha prestación en infungible". SÁNCHEZ GÓMEZ, Amelia, *op. cit.* Pág. 106.

Sin embargo, aceptamos que, en cierto modo, esta infungibilidad subjetiva del contrato se desdibuja con la proliferación de clínicas y centros médicos donde diversos profesionales realizan las distintas intervenciones estéticas, pues la fama y el renombre de alguna de esas clínicas, ha sobrepasado el reconocimiento de los propios profesionales que en ellas ejercen su actividad y se ocupan de llevar a cabo las intervenciones médicas y hacen que el cliente pretenda acudir a ellas y, de cierta forma, puede suceder que al *paciente-cliente* le resulte un tanto indiferente quién, dentro del plantel de la clínica seleccionada, sea el profesional que le realiza la intervención que pretende.

Lo expuesto al respecto de las obligaciones personalísimas no supone que el profesional médico - deudor *intuitu personae* - no pueda actuar asistido de otros profesionales o de un equipo completo de ellos⁴¹⁷, pero como hemos visto en sede de consentimiento informado, las obligaciones recaen sobre el médico director del proceso - el que es parte contractual -, o sobre el centro o clínica a la que el cliente acude, para que cualquiera de sus profesionales le intervenga.

No cabrá el uso de auxiliares o asistentes cuando el contrato así lo exprese, pero como regla general debemos entender que el médico, deudor de la prestación, podrá ser asistido - que no reemplazado - por otros profesionales. Esto no hace que desaparezca la infungibilidad de la prestación porque se entiende "*que la confianza del cliente se extiende a los auxiliares o sustitutos escogidos por el profesional, añadiendo que <<el intuitu personae>> se tiene en la persona del deudor no sólo como ejecutor directo, sino también en cuanto que puede dirigir un equipo digno de su confianza*"⁴¹⁸.

En atención a las normas más clásicas del derecho civil y las teorías más consolidadas, podríamos decir que el contrato por el que se celebra un acto médico de satisfacción no debe cumplir requisito de forma, pero en atención a la gravedad de ciertas intervenciones, el consentimiento informado de las mismas sí que debe ser

⁴¹⁷ Pues como señala SÁNCHEZ GÓMEZ, "*sería demasiado rígido negar, incluso en el caso de prestaciones infungibles, una intervención de terceros como auxiliares del deudor. Realmente, éstos no ejecutarán la prestación <<en lugar de>> la persona que ha sido elegida por las cualidades que posee. Más bien al contrario, su actuación se limitará a una mera colaboración que, en ningún caso, puede desvirtuar el carácter infungible de la prestación*". Vid. SÁNCHEZ GÓMEZ, Amelia, *op. cit.* Pág. 107.

⁴¹⁸ GÁLVEZ CRIADO, Antonio, *Op. cit.* Pág. 32. Aunque es opinión compartida, entre otros por YZQUIERDO TOLSADA, Mariano, en varias de sus obras y el propio Gálvez Criado así mismo lo señala.

recogido por escrito, algo que YZQUIERDO llama el *retorno al formalismo*⁴¹⁹. Un ejemplo de este retorno al formalismo, imperado por las normas más recientes, podría ser el *consentimiento informado* por escrito en los caso más graves, que establece la Ley 41/2002 de autonomía de la voluntad del paciente.

b) Contrato oneroso

Para conocer más sobre el contrato que estamos analizando, vale la pena volver a incidir en que siempre que nos hallamos frente un acto médico de satisfacción con finalidad estética nos encontramos, asimismo, ante un contrato de servicios médico-privados. Y podemos decir del mismo que se ajusta al concepto de contrato oneroso que señala el artículo 1274 CC⁴²⁰, que describe tres tipos de contratos en relación con su causa.

En palabras de BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO "*son contratos onerosos aquellos en que el beneficio que espera obtener una parte mediante su cumplimiento es consecuencia o a cambio de un propio sacrificio previo, simultáneo o posterior en el tiempo*"⁴²¹. Siguiendo el esquema expuesto, el acreedor en los actos médicos de satisfacción con finalidad estética, obtendrá un beneficio cuando el deudor cumpla con su parte de contrato - que es propiamente la obligación de hacer el acto médico estético, como veremos -, y a cambio de ese beneficio, sacrificará de forma previa, simultánea⁴²² o posterior, parte de su patrimonio, o realizará cualquier contraprestación que contractualmente se haya establecido para el pago de la actuación médica.

⁴¹⁹ Señala YZQUIERDO que "*uno de los rasgos más llamativos de la normativa de defensa de los consumidores es el retorno al formalismo. Es frecuente que las diversas leyes protectoras de los consumidores contengan requisitos relativos a la forma y documentación del contrato*". YZQUIERDO TOLSADA, Mariano; NAVARRO MENDIZÁBAL, Iñigo A.; y ACOSTA MÉRIDA, M^a del Pino, *Derecho del Consumo*, Ed. Calamo - Manubas, Manuales Básicos. 2005. Mataró. Pág. 41 - 42.

⁴²⁰ Art. 1274 CC: "*En los contratos onerosos se entiende por causa, para cada parte contratante, la prestación o promesa de una cosa o servicio por la otra parte; en los remuneratorios, el servicio o beneficio que se remunera, y en los de pura beneficencia, la mera liberalidad del bienhechor.*"

⁴²¹ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo (dir.). *Tratado de Contratos*. Tomo I. Ed. Tirant lo Blanch - tratados. 2^a Edición. 2013. Valencia. Pág. 126.

⁴²² En la práctica, resulta poco probable que en estos contratos en concreto, el sacrificio sea realizado por el acreedor de forma simultánea a la obtención del beneficio, pues el transcurso de una intervención médica con finalidad estética parece no ser el mejor momento para que el acreedor realice el *sacrificio* a que se refiere el profesor al describir los contratos onerosos, y que suele consistir en el pago de un precio previamente establecido.

En nuestros días, lo más frecuente será que el acreedor a cambio de la intervención deseada realice un pago, como se observará al analizar las obligaciones de las partes, en los apartados siguientes. Esto coincide absolutamente con el propio sentido de los contratos onerosos referidos en el artículo 1274 CC, que indica las causas de cada una de las partes, más que a la propia causa del contrato, es decir, que se fija en el beneficio que cada una de las partes pretende obtener y lo identifica como causa del contrato.

La causa de los contratos de actos médicos de satisfacción con finalidad estética será analizada a continuación, pero la onerosidad del contrato es un concepto que resulta complejo de desligar de la misma, pues el Código civil menciona la onerosidad como una de las tres posibles causas del contrato en el señalado artículo 1274 CC.

El hecho de que contrato sea catalogado como oneroso es relevante, dado que la responsabilidad de las partes es mayor cuando el contrato es oneroso que cuando es gratuito⁴²³, tal y como se desprende, por ejemplo, de artículos como el 1726 CC⁴²⁴. Además, tal y como señala, asimismo, el profesor BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO *"conviene, pues puntualizar que todos los contratos sinalagmáticos son onerosos, pero que no todos los contratos onerosos son sinalagmáticos"*⁴²⁵. Esto se debe a que cabe la posibilidad de que existan contratos onerosos unilaterales.

c) Contrato sinalagmático

Son contratos bilaterales o sinalagmáticos aquellos en virtud de los cuales se generan obligaciones recíprocas a las partes. Así, son sinalagmáticos, los contratos que generan obligaciones bilaterales.

En nuestro objeto de estudio, lo más común será que los contratos que se den entre médico estético y cliente sean contratos sinalagmáticos, y que del mismo surjan obligaciones bilaterales y recíprocas, aunque nada impide que un profesional celebrara un contrato para realizar actos médicos de satisfacción con finalidad estética y sin que el acreedor de su obligación de hacer se obligara a nada.

⁴²³ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, *op. cit.* Pág. 127.

⁴²⁴ El artículo 1726 señala, en sede de mandato, que deberá estimarse la culpa del mandatario con *más o menos rigor por los Tribunales según que el mandato haya sido o no retribuido*

⁴²⁵ *Cit. Supra.* Pág. 126.

En la práctica, como los médicos están actuando dentro de su profesión, se suele exigir una contraprestación económica a su actuación, que encaja plenamente con la obligación de pago que recae, como veremos, en la persona del acreedor de los actos médicos de satisfacción. Y de ahí surge la bilateralidad que en la obra dirigida por SANTOS BRIZ se considera exclusivo de "*contratos de cambio, con bilateralidad de obligaciones simultáneas y contrapuestas*"⁴²⁶, situación que claramente se ajusta a los contratos que estamos analizando.

La obligación del profesional será prestar el servicio (obligación de hacer) y la del cliente, como regla general, será la de pagar el precio fijado para ese servicio (obligación de dar), sin embargo como se ha expuesto, la libertad de pacto entre las partes pueden alterar este esquema que, como regla general se repetirá en la mayoría de casos que se analizarán en nuestra investigación.

d) Contrato Consensual

Son contratos consensuales aquellos que se perfeccionan por el consentimiento o consenso de las partes, es decir, aquellos en los que el acuerdo de voluntades queda reflejado y es, precisamente fruto de ese acuerdo que se celebra un contrato. Este tipo de contrato se diferencia teóricamente de los contratos formales por el hecho de que para su perfección no se exige forma alguna en ellos. Es decir, no se exige una forma escrita para que el contrato se entienda perfeccionado.

Como hemos señalado ya, existe una tendencia de *retorno al formalismo* que hace que aspectos como el *Consentimiento Informado* en algunos casos⁴²⁷, deba ser recogido por escrito. Sin embargo, aquí estamos analizando el contrato de actos médicos de satisfacción con finalidad estética y debemos señalar que el mismo no es un contrato formal, dado que no se exige que deba ser celebrado atendiendo a algún concreto formalismo o que sin seguir cierto formalismo el mismo vaya a considerarse inexistente o inválido⁴²⁸.

⁴²⁶ SANTOS BRIZ, Jaime (Dir.), *Tratado de Derecho Civil Vol. 3 Derecho de Obligaciones, Teoría y Práctica*. Ed. Bosch. 2003. Barcelona. Pág. 107.

⁴²⁷ Analizados en el Capítulo segundo del presente trabajo.

⁴²⁸ En estos contratos y en realidad en todos los contratos que puedan celebrarse, el consentimiento de las partes es un elemento fundamental, y por ello será analizado separadamente en el apartado

En la actualidad, en nuestra opinión, existe cierta forma de contratar que hace que cada vez pueda considerarse menos afortunado el concepto de contrato consensual, pero no porque se esté imponiendo una formalidad sin la cual el contrato no sea válido, sino porque cada vez existe menos negociación de los contratos.

Vivimos en un mundo en el que, aunque nada lo impida *a priori*, en la práctica se celebran muy pocos contratos en igualdad de condiciones, las partes suelen ser desiguales y las leyes han evolucionado para proteger algunos intereses o sujetos que se consideran más vulnerables. Pese a ello, la mayoría de contratos que se celebran en pleno siglo XXI son contratos de adhesión, con condiciones particulares y generales de la contratación preestablecidas, donde el *consenso* - que era la característica prioritaria de los contratos consensuales - está cada vez menos presente y, donde una de las dos partes tiene poco margen de negociación y solo puede aceptar las reglas marcadas o no contratar.

Esto equivale a indicar que los contratos son consensuales, porque no son formales, pero no quiere decir que sean fruto, exactamente, de la fusión y el consenso de las voluntades de las partes, sino que una de las partes acepta (o no tiene más remedio que aceptar por necesidad) adherirse al consenso que le proponen. Coincidimos pues con la interpretación que de los contratos se realiza en la obra de LACRUZ BERDEJO, que establece que el uso de modelos y la ausencia de negociación son las consecuencias de la forma actual de contratar en masa⁴²⁹.

El campo de los actos médicos de satisfacción, y de la medicina privada en general, no es una excepción a esta forma de contratar del siglo XXI alejada del personalismo y de la verdadera negociación de condiciones que se estilaba en el momento de promulgación del Código.

correspondiente.

⁴²⁹ Señala la obra: *"la utilización de contratos-tipo y la ausencia de negociación son, sin duda, las consecuencias inevitables de la centralización de poderes de decisión en la producción y la distribución de las relaciones contractuales en masa. El número y la repetición de los contratos, la rapidez necesaria de su conclusión y la intervención de dependientes que no tienen ningún poder de decisión impiden, en la distribución moderna de bienes y servicios, cualquier negociación capaz de modificar los modelos previamente redactados por los servicios de especialistas. Vid. LACRUZ BERDEJO, José Luis [et al.] Elementos de Derecho Civil II. Derecho de Obligaciones. Vol. I. Parte General. Teoría General del Contrato. Ed. Dykinson, 5ª edición. 2011. Madrid. Pág. 340.*

Pese a ello, en nuestro ámbito de estudio, aún con el avance innegable de la contratación masiva que está teniendo lugar, es un reducto interesante donde hay un cierto grado de negociación, especialmente cuando el *paciente-cliente*, tiene una relación estrecha con un profesional médico (y menos cuando lo tiene con una gran clínica de especialistas). Ello por cuanto la voz y las peticiones del acreedor tienen una relevancia extraordinaria. Y, en una situación ideal, el objeto del contrato debería siempre emanar de la voluntad manifestada por el acreedor, aunada a las correcciones y proposiciones que el profesional deudor, verdadero experto en la materia, le hiciera al primero, es decir, que el profesional debería asesorar al cliente y ayudarle a concretar su voluntad y tras negociar el resto de condiciones, alcanzar un acuerdo contractual.

La disparidad de sujetos que puede colocarse en la figura de acreedor de un contrato de actos médicos de satisfacción con finalidad estética hacen que, la labor del profesional de ajustar la voluntad del mismo al contenido del contrato no sea en todos los casos sencilla. Además, aspectos ya señalados, como la repetición de actuaciones o la existencia de un servicio de expertos que asesora al profesional, hace que en la práctica se trabaje con modelos y formularios de contrato, que en ocasiones, son más un estorbo que una herramienta útil, si lo que de veras importa en los contratos consensuales son las declaraciones de voluntades.

1.2. Las partes contractuales

El motivo del presente epígrafe no es ser reiterativo en la figura del médico y del cliente, sino el de diferenciar los contratos médicos de satisfacción con finalidad estética en atención a quién es la parte deudora, y quién la acreedora en los mismos.

Desde hace ya muchos años, existen negocios que se dedican a la prestación privada de servicios médicos, en ocasiones son centros multidisciplinarios y en otras ocasiones se trata de centros especializados donde solo se practica una disciplina. En cierta medida, estos centros han desplazado la contratación directa entre paciente (o paciente-cliente) y profesional médico.

En el presente apartado pretendemos analizar las diferencias que pueden existir cuando un acreedor contrata con un deudor persona física profesional o cuando, por el contrario, contrata con un deudor persona jurídica.

Además de esto, cuando un particular contrata con el profesional persona física, es factible que el mismo acuda a las instalaciones de una clínica para llevar a cabo la actuación médica que le han solicitado. En estos casos, surge lo que GALÁN CORTÉS analiza como *contrato de clínica*⁴³⁰. El autor considera que la clínica o centro médico no será responsable de los daños que se causasen por negligencia del profesional médico, salvo que pudiera imputársele a los dependientes o a las instalaciones de la clínica.

a) El contrato con el médico estético

Tradicionalmente ha sido la opción más frecuente, la medicina privada en España ha evolucionado tanto que en la actualidad es algo menos frecuente. El auge de los seguros privados de asistencia y servicios médicos y el surgimiento de las clínicas de medicina estética en los años ochenta y noventa del siglo XX, han perjudicado un tanto el ejercicio individual de la medicina.

Aún así, en el campo de la medicina estética y los actos médicos de satisfacción con finalidad estética, existe todavía un grupo de profesionales bastante elevado con consulta propia y con su propia bolsa de clientes. Es decir, en nuestro campo de estudio, estos contratos entre personas físicas no son una excepción.

Estos profesionales médicos del ámbito de la medicina estética, en ocasiones consiguen clientela gracias a sus éxitos profesionales, a sus intervenciones prestigiosas y a sus propios clientes que los recomiendan a otros. Y es que resulta obvio que cuando una persona pretende acudir a un médico, pero no está enferma, sino que lo que busca es obtener una actuación en concreto que le permita alterar algo que no le gusta de su propia apariencia, en la medida de sus posibilidades va a intentar que el responsable de su actuación sea un profesional talentoso y hábil y, si es posible, de reconocido prestigio. Esta idea nos reconduce, nuevamente, a la idea de que estamos ante un

⁴³⁰ El contrato de clínica, entendido como la relación contractual entre el profesional individual y el centro privado que el mismo selecciona para llevar a cabo ciertas intervenciones. La clínica en este contrato es responsable de poner a disposición del profesional sus instalaciones por las que cobra al profesional un arriendo, en ocasiones también pone a disposición del profesional a su propio personal (anestesiistas, personal auxiliar,...). Este contrato se analiza en la obra de GALÁN CORTÉS, Julio Cesar, *Responsabilidad civil médica*. Ed. Thomson Reuters - Aranzadi, 5ª edición. 2016. Cizur Menor. Páginas 472 y siguientes.

contrato *intuitu personae*, donde las capacidades y habilidades del profesional son el motivo por el que fue seleccionado.

El contrato que se celebra entre el particular y un profesional médico individual, es el que estamos intentando categorizar a lo largo del presente capítulo. Fruto del mismo puede derivarse responsabilidad civil en caso de incumplimiento contractual.

b) El contrato con la clínica estética o centro médico estético

Resulta cada vez más frecuente que una persona con voluntad de *adquirir un servicio (acto) médico de satisfacción* acuda a una clínica de medicina estética en la que realicen su trabajo más de un profesional médico.

En ocasiones, incluso puede suceder que el particular acuda a un profesional médico en concreto, y el mismo le reconduzca a la clínica para la que trabaja. Lo que nos sitúa ante una situación un poco apartada del ejemplo tradicional de estos contratos donde las partes eran médico y cliente.

En estos casos, el contrato que se celebra puede ser bilateral entre la persona y la clínica, o, plurilateral cuando sea entre la persona, el profesional y el centro.

En los contratos bilaterales entre la persona y la clínica, se puede dejar designado al profesional que realizará la intervención o no, es decir, puede que el profesional médico no sea una parte del contrato y tampoco un elemento esencial del mismo, es decir, puede que el cliente considere correcto que cualquiera, dentro de los profesionales que intervienen en ese centro o clínica realice su intervención.

Tanto si se deja al profesional expresamente designado, como si se deja por designar, en los contratos entre cliente y centro estético, el responsable por incumplimiento contractual será la clínica o centro, pues es la parte contratante (todo ello con independencia de que el profesional que efectivamente provoque el daño al sujeto perjudicado sea responsable por su actuación).

Mientras que en los casos en que el profesional esté designado y, además, sea parte contractual, esto es, cuando estemos ante un contrato plurilateral *persona - médico*

- *centro*, tanto el médico como el centro serán responsables por el incumplimiento contractual.

Salvo esta peculiaridad que se observa en relación con la titularidad de las obligaciones que surjan del contrato, el hecho de que las clínicas sean parte contractual no constituye demasiadas alteraciones más.

Desde el punto de vista de las garantías al particular, por regla general tanto el profesional médico individual como la clínica médica contarán con un seguro de responsabilidad civil que responderá, según los casos, por los daños que puedan producir centros o médicos en sus actuaciones, por este motivo, consideramos poco fundadas las argumentaciones que consideran que *es más seguro* para el interesado contratar con un centro médico, aludiendo a razones de solvencia.

1.3. Elementos del Contrato

El artículo 1261 CC establece que "*no hay contrato sino cuando concurren los requisitos siguientes: 1.º Consentimiento de los contratantes. 2.º Objeto cierto que sea materia del contrato. 3.º Causa de la obligación que se establezca*". Por ello la doctrina considera que el consentimiento, el objeto y la causa son los tres elementos esenciales para la perfección del contrato. Además, se alude, implícitamente a su relevancia en la redacción del artículo 1278 CC⁴³¹.

Hemos considerado apropiado adaptar los elementos del contrato, tras su definición, al negocio jurídico que se celebra entre los profesionales médicos de la medicina estética, o las clínicas o centros estéticos, y los solicitantes de actos médicos de satisfacción con finalidad estética.

No hace falta que recordemos que no existe una única forma en la que el profesional o el centro y el cliente pueden llegar a contratar actos médicos de satisfacción con finalidad estética, por lo que resulta evidente que nuestra posibilidad de adaptación de los elementos a tales contratos se limitará a las cuestiones que son generalmente más extendidas y habituales. Sin embargo podemos aventurarnos a decir

⁴³¹ Art. 1278 CC: "*Los contratos serán obligatorios, cualquiera que sea la forma en que se hayan celebrado, siempre que en ellos concurran las condiciones esenciales para su validez*". (Subrayado propio del texto del artículo).

que, con independencia de las peculiaridades que se establezcan en cada uno de los contratos, el consentimiento, el objeto y la causa de los distintos contratos de actos médicos de satisfacción con finalidad estética serán bastante similares en todos ellos, por ser precisamente los elementos esenciales.

Consentimiento, objeto y causa constituyen los elementos esenciales para la perfección del contrato según lo que hemos visto al respecto de las previsiones del artículo 1261 CC.

Sin embargo, además del estudio de estos elementos sin los que no puede perfeccionarse el contrato, hemos considerado oportuno estudiar en este apartado dos elementos que, prudentemente consideramos que tienen un valor extraordinario cuando nos ubicamos frente a contratos médicos de satisfacción con finalidad estética y que son la oferta contractual y el *animus contraendi*, y que serán analizados dentro del presente apartado. Estos dos elementos que consideramos especialmente reseñables, son realmente relevantes en nuestro contrato objeto de estudio, de ahí que hayamos pretendido romper con la sistemática tradicional del estudio de los contratos y hayamos querido posicionarlos en el lugar que consideramos se merecen, cuando el contrato es de servicios médicos embellecedores.

a) El consentimiento

Los más relevantes nombres de la doctrina contractual civilista definen el consentimiento como el elemento esencial del contrato y lo definen de distintas formas. En palabras de ALBALADEJO GARCÍA el consentimiento es la concordancia de voluntades, pues si en vez de consenso hay disenso jamás se llegaría a un acuerdo de voluntades que finalizara en forma de contrato⁴³².

El artículo 1262 CC señala que "*el consentimiento se manifiesta por el concurso de la oferta y de la aceptación sobre la cosa y la causa que han de constituir el contrato.(...)*". Es decir, que para que exista consentimiento contractual, debe existir una

⁴³² Señalaba el autor: "*el consentimiento (de <<sentire cum>>) consiste en la concordancia de las dos (o más) voluntades (declaradas) de las partes que celebren el contrato. En otro caso, no hay <<consenso>>, hay <<disenso>>; y, entonces, no llega a formarse el contrato*". ALBALADEJO GARCÍA, Manuel. *Derecho Civil II. Derecho de Obligaciones*. Ed. Edisofer, 14ª edición. 2011. Madrid. Pág. 372.

oferta, que será analizada en los siguientes apartados, y una aceptación sobre la cosa y la causa del contrato. En nuestro objeto de estudio, existirá consentimiento contractual cuando exista una oferta sobre la realización del acto médico de satisfacción con finalidad estética y la concurrencia de los demás elementos y el acuerdo en todos ellos.

El consentimiento contractual tiene, a su vez, varios extremos que requieren de un estudio más detallado:

Por una parte, el consentimiento contractual se estudia en fases, que van desde la fase más interna *"la voluntad interna e individual de cada contratante, en la que puede valorarse el simple querer y el propósito empírico que la guía"*⁴³³; la fase intermedia en la que se manifiesta esta voluntad interna *"la declaración que el contratante emite y a través de la cual su voluntad es conocida, tanto por el contratante como por las demás personas"*⁴³⁴; y una última fase en la que se conforma la voluntad común de las partes contratantes, que es el propio consentimiento contractual.

Por otra parte, cuando se habla de consentimiento contractual, se estudia, asimismo, la capacidad de las partes para contratar y las prohibiciones de contratar que podrían afectarles.

Como señala la doctrina para que la declaración de voluntad sea válida, se requiere capacidad de obrar del emisor de dicha voluntad de vincularse contractualmente⁴³⁵. Parece que a esta capacidad de obrar se refiere el Código cuando en su artículo 1263 establece *"no pueden prestar consentimiento: 1º los menores no emancipados. 2º los incapacitados"*.

Sin embargo, coincidimos con la opinión de VALPUESTA FERNÁNDEZ que en su comentario al artículo 1263 CC señala que *"los supuestos descritos no conllevan necesariamente la imposibilidad de todo tipo de contratos, la incapacidad de las personas a las que se refiere se ha de medir en relación al tipo de negocio de que se*

⁴³³ DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, Luís y GULLÓN BALLESTEROS, Antonio. *Sistema de Derecho Civil*. Ed. Tecnos. 11ª edición. Vol. II. Tomo I. 2016. Madrid. Pág. 30.

⁴³⁴ *Cit. supra*. Pág. 30.

⁴³⁵ Por ejemplo, DE PABLO CONTRERAS señala: *"es presupuesto de validez de la declaración de voluntad contractual de quienes la emitan tengan la aptitud genérica reconocida por la ley para celebrar con eficacia actos jurídicos, esto es, tener capacidad de obrar"*. Vid. DE PABLO CONTRERAS, Pedro, "118. Los presupuestos de la declaración de voluntad contractual" en MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, Carlos (Coord.), *Curso de Derecho Civil (II) Derecho de Obligaciones*. Ed. Colex. 2014. Madrid. Pág. 354.

trate y su trascendencia económica"⁴³⁶. Ello por cuanto, si no fuera así, hasta los dieciocho años de edad, momento en el que se adquiere la plena capacidad de obrar, los niños y jóvenes no podrían emitir un consentimiento válido en ningún caso para celebrar contratos que, *de facto*, sí se celebran, pues los contratos están en las situaciones más cotidianas de la vida⁴³⁷.

De igual modo que sucede con los menores, los incapacitados lo estarían absolutamente, y en la práctica, se atiende siempre a su grado de comprensión o de *capacidad natural* para asistirles en lo necesario, pero permitiendo, siempre que sea posible, el libre desarrollo de su personalidad y, por ende, la celebración - asistida o no por tutor o representante legal - de aquellos negocios jurídicos para los que puedan considerarse capaces.

Volviendo a la capacidad de obrar necesaria para consentir un contrato, debemos pues considerar que, pese a la regla general tan tajante del artículo 1263 CC, en la práctica, se deberá estar a cada caso concreto y valorar si las partes tienen capacidad para el contrato que desean realizar. Esto, en nuestro tema de estudio se traduce (para el consentimiento informado) en la figura del *menor maduro*, que ya fue analizada en el Capítulo II, pues las normas que lo regulan en nuestro ordenamiento jurídico, especialmente la Ley 41/2002, consideran que, en ciertas ocasiones, los menores son capaces para consentir por sí mismos tratamientos médicos. Surgiendo pues la pugna entre la capacidad que una norma administrativa otorga a esos menores y la absoluta

⁴³⁶ VALPUESTA FERNÁNDEZ, M^a Rosario, "Comentario al art. 1263 CC" en CAÑIZARES LASO, Ana; DE PABLO CONTRERAS, Pedro; ORDUÑA MORENO, Javier y VALPUESTA FERNÁNDEZ, M^a Rosario (Dirs.), *Código Civil Comentado. Volumen III. Libro IV de las obligaciones y contratos. Teoría general de la obligación y el contrato (Artículos 1088 a 1444)*. Ed. Thomson Reuters - Civitas. 2011. Cizur Menor. Pág. 638.

⁴³⁷ Es una cuestión ya pacífica, en la que no consideramos que sea necesario entrar en mayor profundidad, pero sí debemos recordar la relevancia de la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil), de 10 de Junio de 1991 (más datos en el listado de jurisprudencia), que en su Fundamento de Derecho Tercero establece que: "*no resulta contradicha [la relación contractual] por la circunstancia de que éste fuera menor de edad y careciese, por tanto, de capacidad de obrar para celebrar ese contrato que deviene así inexistente, (...) tesis inaceptable por contraria a los usos sociales imperantes en la actualidad ya que resulta incuestionable que los menores de edad no emancipados vienen realizando en la vida diaria numerosos contratos para acceder a lugares de recreo y esparcimiento o para la adquisición de determinados artículos de consumo, ya directamente en establecimientos abiertos al público, ya a través de máquinas automáticas, (...) sin que para ello necesite la presencia inmediata de sus representantes legales*". (Subrayados propios del fragmento).

incapacidad de obrar que, en virtud de la literalidad estricta del CC, tendría cualquier menor no emancipado o cualquier incapaz⁴³⁸.

En lo que a nuestro objeto de estudio interesa, podríamos concluir al respecto de la capacidad para consentir que, además de los mayores de edad no incapacitados, podrán celebrar contratos para la realización de actos médicos de satisfacción con finalidad estética los denominados *menores maduros*, siempre que el profesional considere que tienen capacidad suficiente para consentir. En la práctica, los profesionales sanitarios son bastante reacios a que en menores de edad se realicen ciertas actuaciones de medicina estética, especialmente las más arriesgadas, por lo que es frecuente que el menor que las pretenda acuda acompañado por sus representantes legales⁴³⁹.

Otro aspecto que está muy relacionado con el consentimiento entendido como elemento fundamental del contrato es el concepto de la voluntad y, más concretamente de la declaración de voluntad contractual. Para BARROS BOURIE el aspecto esencial del contrato es su *elemento voluntario* y hace especial hincapié en la existencia siempre de una voluntad negocial⁴⁴⁰.

El peso de la voluntad en los contratos es tal que se ha estudiado de forma realmente profunda la relación entre la voluntad intrínseca y extrínseca de cada individuo. Todo ello por cuanto el artículo 1265 CC establece que "*será nulo el consentimiento prestado por error, violencia, intimidación o dolo*", estas circunstancias se conocen como *vicios del consentimiento* y son realmente relevantes, pues afectan a la eficacia del contrato.

⁴³⁸ Pugna que no es tal en la práctica, gracias en parte a las interpretaciones que el Sumo Tribunal ha realizado en sentencias tan relevantes como la referida en la nota al pie inmediatamente anterior.

⁴³⁹ Incluso vimos en el Capítulo anterior, como existe normativa autonómica (concretamente el Decreto 49/2009 de Andalucía) que prevé que a esos menores que pretenden intervenciones estéticas deban ser analizados por un psicólogo que analice la madurez de los menores.

⁴⁴⁰ Dice el autor: "*lo característico del contrato es su elemento voluntario, que hace posible que los planes individuales de unos y otros se incluyan mutuamente. Por esta razón, mientras el contrato es el instrumento de colaboración, la responsabilidad extracontractual se limita a atribuir normativamente las consecuencias dañosas que eventualmente traiga nuestra agencia humana. Así, por elemental que sea su proceso de formación (en el extremo, mediante meros contratos sociales típicos), el contrato siempre tiene por antecedente la voluntad negocial*". Vid. BARROS BOURIE, Enrique, GARCÍA RUBIO, M^a Paz y MORALES MORENO, Antonio María, *Derecho de Daños*. Ed. Fundación Coloquio Jurídico Europeo. Madrid. 2009. Pág. 142

Nos encontraremos ante vicios del consentimiento contractual cuando una de las partes expresa una voluntad distinta a su voluntad intrínseca mediando error, violencia, intimidación o dolo. Pues, como señalan en su obra DÍEZ-PICAZO Y GULLÓN, dada la relevancia del consentimiento contractual, debe haberse formulado correctamente⁴⁴¹.

Consideramos necesario apuntar brevísimamente las cuatro causas que se recogen en el artículo 1265 CC⁴⁴² como motivos de invalidez del consentimiento contractual.

i. El error⁴⁴³.

En nuestro objeto de estudio, consideramos que podría ser un ejemplo de error suficiente como para poder intentar la anulabilidad del contrato, que el cliente que contrata actos médicos de satisfacción con finalidad estética considerara que el profesional que le va a atender es un médico especialista en cirugía plástica, estética y reparadora, y el mismo no lo fuera, sino que fuera un profesional sin especialización o con otra distinta. Ello siempre que el error en la especialización del profesional seleccionado no viniera propiciado por actuaciones propias del mismo, siempre que la

⁴⁴¹ Señalan los autores: "*si el consentimiento es la raíz de todo contrato, debe de haberse formado rectamente, no de un modo defectuoso, y será vicio del mismo todo lo que haya impedido alcanzar ese resultado*". Vid. DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, Luís y GULLÓN BALLESTEROS, Antonio, *op. cit.* Pág. 46.

⁴⁴² El artículo 1266 CC establece que "*para que el error invalide el consentimiento, deberá recaer sobre la sustancia de la cosa que fuere objeto del contrato, o sobre aquellas condiciones de la misma que principalmente hubiesen dado motivo a celebrarlo. / El error sobre la persona sólo invalidará el contrato cuando la consideración a ella hubiese sido la causa principal del mismo. / El simple error de cuenta sólo dará lugar a su corrección*". En definitiva, el error debe ser sustancial y su apreciación será bastante compleja, salvo que las partes estén de acuerdo en dejar sin efecto el contrato, una vez una de las partes manifieste el error en el momento de contratar, este será un motivo de discusión jurídica, porque existen argumentos a favor de valorar un error como causa de nulidad, pero a la vez, en la misma norma existen argumentos y disposiciones tendentes a considerar que el negocio jurídico debe sobrevivir.

⁴⁴³ Se describe por la doctrina estudiada y recurrentemente aludida en el presente capítulo como una *falsa representación mental de la realidad* (coinciden los autores Díez-Picazo Ponce de León y Gullón Ballesteros con Marín López (en Bercovitz Rodríguez-Cano) y otros en la literalidad señalada), esta falsa representación de la realidad no viene motivada por los actos propios de la otra parte, sino que es una mera apreciación errónea de las cuestiones relevantes de la realidad que le movieron a contratar. Lo fundamental del error en la formación del consentimiento es observar que aunque el código civil considera que puede provocar la nulidad del contrato, también hay normas en la misma regulación tendentes a que se protejan los negocios jurídicos, por ello, para que el error sea verdaderamente insubsanable la doctrina considera que el error debe recaer en "*aquellos aspectos de la realidad que han sido tomados en cuenta, como determinantes, para que nazca la voluntad de contratar*" (Vid. MARÍN LÓPEZ, Manuel Jesús, "Requisitos esenciales del contrato. Elementos accidentales del contrato" en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (dir.), *Tratado de Contratos. Tomo I*. Ed. Tirant lo Blanch - Tratados. 2ª Edición. 2013.Valencia. Pág. 643).

actividad contratada no fuera de ámbito quirúrgico, dado que en ese caso, como veremos, estaríamos ante un vicio del consentimiento distinto: el dolo.

ii. La violencia⁴⁴⁴.

Para nuestro objeto de estudio, entendemos que no es fácilmente probable que un alguien violentara a un sujeto para que se llevara a cabo una intervención de medicina estética, además no hemos encontrado supuestos reales de violencia en nuestro contrato en la jurisprudencia, pero sí son conocidos casos en que delincuentes perseguidos por la policía e incluso por la policía internacional acuden a profesionales médicos para alterar sus rostros, entendemos que esas intervenciones se habrían llevado a cabo sin violencia, pero viendo el historial delictivo de los mismos, quizá en algún caso se ha recurrido a ella, o como mínimo a la intimidación.

iii. La intimidación⁴⁴⁵.

Como hemos señalado con la violencia, la doctrina suele estudiarlas conjuntamente, señalando que, en el caso de la intimidación, la situación temida no ha ocurrido aún, pero se contrata para evitar que llegue a suceder, es decir, bajo coacción y en evitación de algún tipo de *mal inminente y grave*.

iv. El dolo⁴⁴⁶.

⁴⁴⁴ Junto con la Intimidación, la violencia como motivo de anulabilidad del consentimiento contractual se encuentra plasmada en el artículo 1267 CC "*hay violencia cuando para arrancar el consentimiento se emplea una fuerza irresistible*". Además, según el artículo 1268 CC "*la violencia o intimidación anularán la obligación, aunque se hayan empleado por un tercero que no intervenga en el contrato*". Es decir, no es necesario que la violencia con la que se obtenga el consentimiento provenga de una de las partes contractuales.

Con el uso de la violencia se puede sustituir por completo la voluntad de una de las partes contractuales por la del sujeto que la ejerce. La doctrina en ocasiones la estudia conjuntamente con la intimidación, considerando que la distinción más relevante es que la violencia se entenderá como situación que ya ha sucedido en el momento de contratar mientras que la intimidación es una especie de miedo a que, si no se contrata se llegue a una situación de violencia.

⁴⁴⁵ El CC en su artículo 1267 señala al respecto de la misma "*(...) hay intimidación cuando se inspira a uno de los contratantes el temor racional y fundado de sufrir un mal inminente y grave en su persona o bienes, o en la persona o bienes de su cónyuge, descendientes o ascendientes. / Para calificar la intimidación debe atenderse a la edad y a la condición de la persona. (...)*"

⁴⁴⁶ Es la última de las causas de anulabilidad del consentimiento contractual y según el artículo 1269 CC "*hay dolo cuando, con palabras o maquinaciones insidiosas de parte de uno de los contratantes, es inducido el otro a celebrar un contrato que, sin ellas, no hubiera hecho*". A su vez, el artículo 1270 CC señala que "*para que el dolo produzca la nulidad de los contratos, deberá ser grave y no haber sido empleado por las dos partes contratantes. El dolo incidental sólo obliga al que lo empleó a indemnizar*".

El engaño doloso puede ser la no información intencionada sobre aspectos relevantes que la contraparte debiera conocer, por lo que, volviendo al ejemplo que hemos puesto al estudiar el error, si el profesional sanitario omite indicar que carece de especialización, cuando la misma sea una información relevante, por ejemplo cuando la especialización sea requisito obligatorio para la práctica que pretende realizarse⁴⁴⁷. Es decir, consideramos que el dolo capaz de provocar la nulidad del consentimiento contractual puede ser una actuación negativa, aunque el señalado artículo 1269 CC parece que solo hable de actuaciones positivas.

Un ejemplo de dolo que pudiera invalidar un consentimiento contractual en el ámbito de los actos médicos de satisfacción con finalidad estética, podría ser el hecho de que un profesional sin especialización suficiente (es decir uno que no fuera cirujano plástico, reparador y estético) se hiciera pasar por especialista para conseguir que el cliente contrate con él una intervención que debe ser realizada por un cirujano especialista, por ejemplo una operación de aumento de pecho.

b) El objeto

El objeto del contrato es un elemento esencial del mismo, aparece como hemos visto indicado en el artículo 1261 CC. Además, el artículo 1271⁴⁴⁸ del Código señala que se admite cualquier objeto contractual, siempre que no sea *extra commercium*. Tras este artículo, el siguiente - 1272 CC - señala que "*no podrán ser objeto de contrato las cosas o servicios imposibles*".

daños y perjuicios".

La doctrina interpreta, en atención a lo expuesto por el CC, el dolo como un error provocado, es decir, un error cuya esencia es el engaño. En estos casos, se excluye el dolo de tercero y, tal y como señalan DÍEZ-PICAZO Y GULLÓN "*parece que describe [el CC] un comportamiento positivo y rechaza el dolo omisivo, es decir, el que ha originado un engaño porque un contratante no ha informado al otro de hechos o circunstancias que, conocidas por él o debiendo de serle conocidas, hubieran llevado al que las desconoce a la no celebración del contrato. Este dolo omisivo también es relevante porque la buena fe impone el deber de informar de la veracidad de aquellas circunstancias que se sabe o debe saberse que inducen a la otra parte a contratar*" (Vid. DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEON, Luís y GULLÓN BALLESTEROS, Antonio, *op. cit.* Pág. 52).

⁴⁴⁷ Como es el caso de la especialización en cirugía plástica, estética y reparadora para las intervenciones médicas de satisfacción con finalidad estética que consistan en una intervención quirúrgica.

⁴⁴⁸ Art. 1271 CC "*Pueden ser objeto de contrato todas las cosas que no están fuera del comercio de los hombres, aun las futuras. (...). Pueden ser igualmente objeto de contrato todos los servicios que no sean contrarios a las leyes o a las buenas costumbres*".

Partiendo de los artículos expuestos, cabe que identifiquemos como objeto del contrato cualquier cosa o servicio que no sea contrario a las leyes o a las buenas costumbres, aún cuando sean cosas futuras, es decir, que en el momento de celebración del contrato no existen. Pero, no pueden ser objeto de contrato las cosas o los servicios imposibles. LASARTE considera que como sinónimo de *cosa* podemos entender no solamente objetos sino también derechos y, además señala que normalmente se habla se piensa en servicios como sinónimos de *obligaciones de hacer* pero que en su opinión cabe que se contraten servicios de no hacer o que constituyan una actitud pasiva⁴⁴⁹.

Pese a que coincidimos con la idea de Lasarte, en relación con la cabida de las obligaciones de no hacer dentro de los objetos contractuales, en los contratos que protagonizan nuestro estudio, el objeto del contrato siempre será un servicio activo, es decir, son contratos con *obligación de hacer*, donde se persigue que el profesional preste un servicio. Y la otra pretende, como regla general, el pago de un precio acordado entre las partes.

Concretamente, si hablamos de actos médicos de satisfacción con finalidad estética, encontraremos un enorme número de intervenciones que van a ser posibles objetos del contrato. Hemos creado un listado que clasifica los principales actos médicos de satisfacción que pueden ser objeto del contrato que estamos analizando, y lo hemos estructurado en intervenciones con finalidad estética no quirúrgicas y quirúrgicas, tal y como puede observarse a continuación:

A) Actos médicos de satisfacción con finalidad estética no-quirúrgicos⁴⁵⁰:

⁴⁴⁹ Señala literalmente el autor: "*se presume igualmente que servicio ha de entenderse en sentido exclusivamente activo (<<hacer algo>>), cuando nada ni nadie ha predispuesto (y menos el Código Civil) que el servicio no pueda consistir en una actitud pasiva o en una abstención (<<no hacer>>) que sea susceptible de valoración patrimonial para las partes*". LASARTE ÁLVAREZ, Carlos. *Principios de Derecho Civil III. Contratos*. Ed. Marcial Pons, 15ª edición. 2013. Madrid. Pág. 30.

⁴⁵⁰ No existe un listado oficial de intervenciones médicas no quirúrgicas con finalidad estética, sino que las prácticas van surgiendo, por el uso de los avances científicos y tecnológicos y la observación de sus posibles aplicaciones en el campo de la medicina estética, por ello, para realizar el presente listado hemos consultado los tratamientos no quirúrgicos que en el año 2016, se están ofreciendo en España por parte de profesionales médicos dedicados a la medicina de satisfacción con finalidad estética, además de los listados de intervenciones que aparecen en la página web de la SEME (Sociedad Española de Medicina Estética). http://www.seme.org/area_pac/tratamientos.php Consultada 29 de septiembre de 2016.

- *Laserterapia* - *Láser Médico cutáneo* (generalmente STARLUX 1540) para la eliminación de marcas, manchas y cicatrices en la piel. Reduce la visibilidad de las marcas del Acné y de las estrías, entre otras.
- *Rejuvenecimiento facial mediante radiofrecuencia*. Que sirve para compactar las células de la piel y eliminar la apariencia de fatiga.
- *Infiltraciones* - *Inyecciones de ácido hialurónico, bótox o colágeno*. Se realizan para rellenar las arrugas, generalmente faciales y también para el relleno de los labios, aunque puede utilizarse en otras partes del cuerpo.
- *Hilos de sustentación bioabsorbibles*. Se trata de una técnica de introducción subcutánea de hilos de un compuesto que el cuerpo reabsorbe con el tiempo, sirven para eliminar las arrugas y el descenso de la piel del rostro.
- *Blanqueamiento dental*. Se realizan diversos tipos de blanqueamiento dental, bien con sustancias químicas, bien con combinación de sustancias químicas y láser de luces de distintos tipos.
- *Esclerosis de varices*. Convierte las varices en un cordón fibroso que es reabsorbido poco a poco, tras la inyección de una sustancia que provoca que la variz se lesione y atrofie.
- *Rinomodelación no quirúrgica*. Altera la forma de la nariz mediante la inyección de sustancias con efecto masa.

B) Actos médicos de satisfacción con finalidad estética quirúrgicos⁴⁵¹:

- *Blefaroplastia*. Consiste en la corrección quirúrgica del exceso de piel de la zona de los párpados y de las bolsas de los ojos.
- *Lifting facial*. Estiramiento facial mediante la tensión de la piel y la eliminación quirúrgica de los excesos de piel.
- *Mentoplastia*. Cirugía de alteración de la forma, proyección y tamaño del mentón.
- *Otoplastia*. Intervención de cirugía estética que modifica el aspecto de las orejas, especialmente realizada en menores, para la eliminación de las conocidas como "orejas de soplillo".
- *Rinoplastia*. Consiste en la alteración quirúrgica de la nariz, afectando a su tamaño, a su proyección o al tamaño de las fosas.
- *Malaroplastia*. Aumento de los pómulos faciales, mediante la introducción quirúrgica de prótesis (producto sanitario implantable).
- *Liposucción de papada*. Se trata de la eliminación mediante succión tras incisión quirúrgica de la acumulación de grasa en el cuello y de debajo de la mandíbula inferior.
- *Mamoplastia de aumento*. Intervención que aumenta el tamaño de los pechos mediante la introducción quirúrgica de prótesis (producto sanitario implantable).
- *Mastopexia*. Consiste en la elevación quirúrgica de las mamas.

⁴⁵¹ Como en el caso anterior, este listado no recoge todas las intervenciones posibles de cirugía estética, sino una enumeración de las más frecuentes. La información se ha extraído de las páginas webs de SECPRE, SEME y de distintas clínicas y profesionales médicos.

- *Reducción de pecho*. Existen distintas formas de intervención cuyo objetivo, en todo caso, es reducir el tamaño de los pechos intentando, además, mejorar su apariencia. Puede ir combinada con intervenciones de elevación de pecho.
- *Implantes de cabello*. Existen distintas formas de realización, pero todas conllevan la extracción de una "zona donante" del mismo cliente, que pasa a servir de injerto o microinjerto en la zona a tratar.
- *Flebectomía*. Intervención quirúrgica ambulatoria con anestesia local mediante la cual se extraen pequeñas secciones de trayecto varicoso, para eliminar las varices superficiales.
- *Liposucción*. Técnica que consiste en la eliminación de la grasa acumulada mediante succión realizada tras la introducción en la zona a tratar de unas cánulas (que se insertan en incisión quirúrgica) por las que se extrae la grasa corporal.
- *Abdominoplastia*. Reducción quirúrgica del volumen del abdomen, se retira tanto la grasa como la piel sobrante.
- *Ginecomastia*. Reducción de la zona del pectoral, en la que algunos hombres acumulan grasa o desarrollan glándulas mamarias.
- *Labioplastia de reducción o de aumento*. Cirugía íntima femenina, que altera el aspecto de los labios de la vagina.
- *Faloplastia*. Cirugía íntima masculina, que altera la apariencia del pene.

Pese a que este listado solo tiene la finalidad de mostrar las principales intervenciones estéticas quirúrgicas y no-quirúrgicas que se contratan en los actos médicos de satisfacción con finalidad estética en nuestros tiempos, sirve en nuestra opinión, para corroborar que el *objeto* contractual, variará mucho de una intervención a otra y que en nuestro campo de estudio hay muchos y muy dispares posibles objetos del contrato.

c) La causa

Es el tercero, y último de los elementos del contrato designados en el artículo 1261 CC. Sin embargo, no solo se menciona en él, sino que es un elemento que nuestro Código Civil menciona en los artículos 1261.3ª; 1262.I y 1274 a 1277 CC. La causa es uno de los elementos de más difícil definición.

En todos los artículos referidos se habla de *la causa del contrato*, o incluso de la *causa de la obligación*, de distinto modo, en palabras de DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN y GULLÓN BALLESTEROS "el concepto de causa no lo ha elaborado el legislador con la precisión que requiera tan importante elemento contractual, ni utiliza

*una terminología unívoca, pues unas veces se habla de causa de la obligación (art. 1261.3º) y otras de causa del contrato (arts. 1275, 1276 y 1277)"*⁴⁵².

En el artículo 1261 CC se establece que *"no hay contrato sino cuando concurren los requisitos siguientes: (...) 3º Causa de la obligación que se establezca"*. Asimismo el artículo 1262 CC en sede de consentimiento contractual establece *"el consentimiento se manifiesta por el concurso de la oferta y de la aceptación sobre la cosa y la causa que han de constituir el contrato"*. Y finalmente, la Sección Tercera del Capítulo II del Título II del Libro IV del CC (artículos 1274 a 1277) lleva como rúbrica *"De la causa de los contratos"*.

Así, como muy didácticamente recoge MARÍN LÓPEZ, *"el Código Civil no contiene una definición de causa. El artículo 1274 no cumple ese papel, pues se limita a señalar qué se entiende por causa (causa genérica) en cada uno de los tres tipos contractuales que allí se regulan: en los contratos onerosos, el elemento causal consiste, para cada contratante, en la prestación o promesa de una cosa o servicio por la otra parte; en los gratuitos, la libertad del donante; y en los remuneratorios, el servicio o beneficio que se remunera"*⁴⁵³.

Como bien explica el referido autor, el legislador no fue exhaustivo con la causa del contrato, y aún así parece establecer en su regulación que es un elemento esencial, que no puede faltar en cualquier contrato e incluso *ex art. 1277 CC* puede señalarse que *"Aunque la causa no se exprese en el contrato, se presume que existe y que es lícita mientras el deudor no pruebe lo contrario"*. Es decir, existe una presunción *iuris tantum* al respecto de la licitud de la causa, sin que se haya definido en la norma qué debemos entender por causa contractual.

La insuficiente concreción con la que ha sido regulada convierte a la *causa* como uno de los elementos más conflictivos del sistema contractual. La causa es el fin u objetivo que las partes pretenden obtener con la celebración del contrato, como los contratos entre particulares (como los que son objeto de estudio en el presente trabajo) se celebran *de espaldas* a la jurisdicción, el legislador incluyó ciertos requisitos - uno de

⁴⁵² DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis y GULLÓN BALLESTEROS, Antonio, *op. cit.* Pág. 36.

⁴⁵³ MARÍN LÓPEZ, Manuel Jesús, "Requisitos esenciales del contrato. Elementos Accidentales del Contrato" en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo (dir.) , *Tratado de Contratos. Tomo I*. Ed. Tirant lo Blanch - Tratados. 2ª Edición. 2013.Valencia. Pág. 668.

ellos la causa - para evitar que los particulares celebraran contratos con finalidades contrarias al ordenamiento jurídico, por lo que la causa debe ser verdadera y lícita.

Siguiendo con la exposición de MARÍN LÓPEZ existe una doble naturaleza de la causa, la *objetiva* y la *subjética*⁴⁵⁴. La naturaleza objetiva de la causa es la *función económica y social del contrato en relación con el tráfico jurídico*; esto es, el contrato cumple con un fin. La *naturaleza subjética* de la causa es "*la intención concreta perseguida por las partes al realizar el contrato, el propósito específico que lleva a las partes a perfeccionar el contrato. Así entendido, cada contrato tendría su propia causa, en función de los fines que muevan a las partes a contratar*"⁴⁵⁵.

Según la obra de LACRUZ BERDEJO, en los contratos sinalagmáticos típicos la causa de cada uno de ellos es la contraprestación pactada, la voluntad de obtener la contraprestación pactada por las partes⁴⁵⁶.

En cuanto a los requisitos de la causa contractual, existen tres: que sea *cierta*, es decir que exista; que sea *veraz*, que sea una causa verdadera, dado que la causa falsa es motivo de nulidad; y que sea *lícita*, pues los contratos con causa ilícita no producen efectos. LACRUZ considera que los aspectos subjetivos de la causa pueden ser los *motivos* que "*determina al sujeto a querer el acto*"⁴⁵⁷, el mismo autor señala que es en el estudio de los motivos que llevan a la celebración de los contratos donde podemos encontrarnos ante causas *ilícitas*, que según el artículo 1275 CC "(...) *no producen efecto alguno*". Según LACRUZ esto supone que las partes no pueden contraer obligaciones contrarias a la ley ni a la moral⁴⁵⁸.

El referido artículo 1275 CC también señala que "*los contratos sin causa (...) no producen efecto alguno*", los contratos sin causa son aquellos en los que faltan

⁴⁵⁴ Cit. *supra*. Pág. 668.

⁴⁵⁵ Cit. *supra*. Pág. 669.

⁴⁵⁶ Señalaba el autor: "*en los contratos sinalagmáticos típicos la causa de cada atribución - de derecho real o de crédito - es la contraprestación pactada o la expectativa de obtenerla: expectativa para cuya efectividad previenen el Cc. y la Lec. adecuados instrumentos, de modo que, a falta del art. 1261, y aún del 1274, los contratos seguirían valiendo igual y produciendo los mismos efectos: la voluntad de las partes y los arts. 1091 y 1258, en unión del 1124, seguirían constituyendo una defensa suficiente del contratante dispuesto a cumplir*". LACRUZ BERDEJO, José Luis, *Elementos de Derecho Civil II. Derecho de Obligaciones*. Volumen I – Parte General. Teoría General del Contrato. Ed. Dykinson, 5ª edición. 2011. Madrid. Pág. 424.

⁴⁵⁷ Cit. *supra*. Pág. 432.

⁴⁵⁸ Señalaba el autor: "*el propósito con el que las partes concluyen el acuerdo y contraen obligaciones no puede ser opuesto a las leyes o la moral*". Cit. *supra*. Pág. 433.

elementos esenciales del contrato por expresa voluntad de las partes, al encontrarnos en una simulación contractual, es decir, se pretende hacer ver que existe un contrato, pero falta el objeto sobre el que recae el mismo, por ejemplo, porque no se quiere ese contrato. Este es el motivo que se señala por LACRUZ para entender la sanción de nulidad que tienen los contratos sin causa según el artículo 1275 observado.

Vista la complejidad de definición de este elemento esencial de los contratos, que además ha sido objeto de estudio por los más eminentes autores de nuestra rama del derecho, tenemos que volver a la obra de MARÍN LÓPEZ que propone superar la dificultad de definición atendiendo a un aspecto distinto, por ello señala que quizá resulta más adecuado preguntar cuál es la función de la causa en el ordenamiento jurídico, algo que el autor responde considerando que la causa cumple una función de control de las relaciones jurídicas de los particulares⁴⁵⁹.

Sentado lo anterior, podríamos preguntarnos en relación con nuestro contrato ¿cuál es la causa del contrato que estamos analizando? ¿cuándo surge la causa del contrato? y, por último ¿qué efectos tiene la causa del contrato?

La causa de nuestro contrato es la celebración de ese acto médico de satisfacción con finalidad estética. Esta causa cumple con los requisitos de existencia, licitud y veracidad, salvo que en realidad las partes estén ocultando otras causas ilícitas tras un contrato de este tipo, cuestión que nos parece bastante difícil, especialmente si el acto médico contratado llega a celebrarse realmente.

La causa surge cuando nace la finalidad que el contrato persigue lograr, pero como causa contractual, aparece con la celebración del contrato, pues antes es más una intencionalidad que una causa.

Y, por último, los efectos de la causa son la propia identificación de la finalidad contractual, que pueden servir de cara a la interpretación de los términos del contrato, en caso de discrepancias entre las partes.

⁴⁵⁹ Señala el autor: "*En lugar de plantearse qué es la causa, resulta más adecuado, desde un planteamiento jurídico-práctico, preguntarse cuál es la función de la causa en el ordenamiento. En este sentido, la función de la causa es servir de instrumento de control sobre las reglamentaciones jurídico-privadas, sobre los pactos realizados por los particulares*". Vid. MARÍN LÓPEZ, Manuel Jesús, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, *op. cit.* Pág. 670.

d) La oferta contractual

La oferta contractual está estrechamente vinculada al consentimiento contractual, de hecho, el Código Civil menciona la oferta cuando habla del consentimiento y también cuando, en el artículo 1262 CC establece "*el consentimiento se manifiesta por el concurso de la oferta y la aceptación sobre la cosa y la causa que han de constituir el contrato*"⁴⁶⁰. Sin embargo, no encontramos una definición expresa en el Código de lo que debe entenderse por oferta, tal y como señala FERRANDIZ GABRIEL⁴⁶¹. Pero analizando los requisitos que se establecen para la celebración de algunos contratos concretos en el Código, se han podido sustraer los requisitos de la oferta contractual, por lo que en la actualidad se entiende de forma pacífica por la doctrina, que la oferta o propuesta para celebrar un contrato debe ser *completa y suficientemente precisa*⁴⁶².

En opinión de la doctrina y la jurisprudencia, la oferta realmente lo es cuando el contrato puede surgir si un destinatario directamente la acepta, dice, ALBALADEJO "*la oferta es la propuesta de contrato que una persona hace a otra*"⁴⁶³ y BERCOVITZ ÁLVAREZ la define como "*una declaración de voluntad recepticia. Puede ser a una persona determinada o al público en general*"⁴⁶⁴.

Es decir, si los elementos del futuro contrato están proyectados de forma suficiente, para que puedan como mínimo determinarse - si es que no están directamente determinados - una declaración de voluntad podrá ser considerada como una oferta. Como se observará en el apartado correspondiente, esta es la opción que se está cristalizando en las normas internacionales que más nos influyen y en los distintos

⁴⁶⁰ Subrayado propio.

⁴⁶¹ Establece el autor: "[el Código civil] no contiene norma general que expresamente establezca cuál debe ser el contenido de la oferta para ser completa y no una mera fase de los tratos preliminares dirigida a acercar posiciones". FERRANDIZ GABRIEL, José Ramón "La Formación del contrato en la Propuesta para la Modernización del Código civil en materia de Obligaciones y Contratos", en *Boletín del Ministerio de Justicia*, Año LXV, núm. 2131, mayo de 2011. Pág. 14.

⁴⁶² Así lo establece el artículo 14 CISG (Convenio de las Naciones Unidas para la compraventa de mercancías de 1980) que forma parte de nuestro ordenamiento desde 1991, y que aunque se aparta un poco del objeto de estudio, será muy frecuentemente aludida con posterioridad dado que es un instrumento que ha influido mucho en el PMCC.

⁴⁶³ ALBALADEJO GARCÍA, Manuel. *Derecho Civil II Derecho de Obligaciones*, Ed. Edisofer, 14ª edición. 2011. Madrid. Pág. 382.

⁴⁶⁴ BERCOVITZ ÁLVAREZ, Germán, "Comentario al Artículo 1262" en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo (coord.) *Comentarios al Código Civil*. Ed. Thomson Reuters - Aranzadi, 4ª edición. 2013. Cizur Menor. Pág. 1715.

instrumentos de armonización de normativas europeas; además de ser la postura que se fija también en el PMCC.

Los autores clásicos, como HILSEN RAD⁴⁶⁵ defendían que existe la *oferta jurídicamente perfecta* que sería el primer elemento de la formación del contrato. Ello es así por cuanto, al ser perfecta, solo precisa ser aceptada para la celebración del negocio jurídico⁴⁶⁶.

Siguiendo con el clásico HILSEN RAD cabe destacar que señalaba la relevancia de saber cuándo nos encontramos ante verdaderas ofertas, para lo que establecía que puede entenderse que existe una verdadera oferta cuando la propuesta contiene elementos *suficientes, numerosos y precisos*, para que el contrato se pueda perfeccionar⁴⁶⁷. Casi un siglo después la idea de HILSEN RAD continúa plenamente vigente y la doctrina española más influyente, considera del mismo modo que el autor francés que estamos ante una oferta cuando la declaración es tan completa que prácticamente basta con que la contraparte diga que acepta para que surja el contrato.

Sin embargo, cuando lo que se lanza al público es una *oferta a escuchar ofertas*, es decir, cuando se hace una declaración de voluntad, pero no contiene los elementos necesarios para que mediante aceptación de contraparte pueda considerarse perfeccionado el contrato, estamos frente a otra figura, que se conoce como *tratos o tratos preliminares*, y que serán analizadas en el apartado correspondiente del presente capítulo, pero que tienen relevancia aquí por cuanto pueden conducir a una oferta, y ésta llevaría a una aceptación, y, consecuentemente, a un contrato.

⁴⁶⁵ HILSEN RAD fue uno de los primeros autores franceses que en las primeras décadas del siglo XX habló de la posibilidad de que las conversaciones preliminares pudieran implicar el surgimiento de algún tipo de responsabilidad precontractual para las partes. Casi un siglo después la doctrina al respecto de la responsabilidad precontractual no es clara aun, pero parece, como se verá al estudiar los instrumentos de modernización del derecho de contratos en España y la Unión Europea, que comienza a ser una cuestión muy debatida entre los distintos órganos legisladores.

⁴⁶⁶ Señalaba el autor: "[la oferta perfecta] es, pues, el primer acto de la formación de los contratos; sólo falta que sea aceptada. La aceptación marca y determina la conclusión o perfeccionamiento del contrato". HILSEN RAD, Arthur, *Las Obligaciones Precontractuales*. Traducido al Español por MENÉNDEZ PIDAL, Faustino. Ed. Góngora. 1932. Madrid. Pág.45.

⁴⁶⁷ "Hay oferta cuando la proposición para contratar contiene la indicación de puntos suficientes, numerosos y precisos, para que el contrato pueda perfeccionarse mediante la simple aceptación de la persona a quien va dirigida". HILSEN RAD, Arthur, *Op. cit.* Pág. 44

Hay doctrina que considera los tratos preliminares como "*periodo de tanteo preliminar*" que precede a la oferta⁴⁶⁸. Otros autores (como YZQUIERDO *et au.*) por su parte, analizando los cambios que han provocado en nuestro ordenamiento los objetivos proteccionistas de los consumidores señala que las negociaciones que surgen en la fase previa a la perfección de un contrato *no generan vinculación contractual ni obligación de contratar*⁴⁶⁹ para las partes de la negociación.

Como las relaciones previas a la oferta serán analizadas a continuación, procede volver al punto principal del presente apartado, es decir, a la oferta propiamente dicha.

La oferta puede dirigirse a una persona en concreto o bien puede realizarse una oferta al público. En nuestros contratos objeto de estudio, encontramos las dos prácticas, tanto puede suceder que un profesional o clínica oferte una intervención concreta a un precio concreto a cualquiera que resulte interesado, como es frecuente que suceda en las clínicas de medicina estética, o bien un profesional puede realizar una oferta individualizada tras la consulta de un posible cliente. También podría darse la situación opuesta, es decir, que fuera el sujeto que pretende la intervención quién lanzara una oferta al "público" de profesionales médicos capaces de realizar la intervención que pretende o a un profesional en concreto.

Y es que ese es otro de los elementos de la oferta que nos parece significativo para nuestro objeto de estudio, cada contrato es distinto y aunque las prácticas de algunos centros estéticos se han asimilado bastante entre ellas, todavía es uno de los aspectos en los que podemos encontrar significativas diferencias entre los contratos.

La duración de la oferta también resulta relevante. La oferta tiene una vigencia determinada, es decir, desde que se declara hasta que se extingue transcurre un periodo temporal que no está recogido expresamente en el Código Civil. Se dice que la oferta es revocable mientras no ha sido aceptada, y se dice también que el oferente puede retirar

⁴⁶⁸ ALBALADEJO GARCÍA, Manuel, *op. cit.* Pág. 379.

⁴⁶⁹ Señala el autor: "*la fase previa a la perfección de un contrato, en la que se producen negociaciones y actuaciones conducentes a la conclusión del mismo, no genera vinculación contractual ni obligación de contratar entre los intervinientes. Los derechos y deberes jurídicos de las partes no pueden venir en esta fase definido por la autonomía de la voluntad, pero la indudable relevancia que la misma tiene en relación con la formación de la voluntad contractual obliga a reconocer relevancia jurídica al período precontractual, muy especialmente en relación con la exigibilidad de responsabilidad*". YZQUIERDO TOLSADA, Mariano; NAVARRO MENDIZÁBAL, Iñigo A.; y ACOSTA MÉRIDA, M^a del Pino, *Derecho del Consumo*, Ed. Calamo - Manubas, Manuales Básicos. 2005. Mataró. Pág. 65.

su oferta antes de la aceptación, y también puede extinguirse si se rechaza, cuando iba dirigida a un sujeto en concreto. Si no pasa nada de esto, la oferta se extingue cuando se llega a la fecha que la propia oferta señalaba para su vigencia, o cuando sucede la circunstancia que se originó como motivadora de su extinción⁴⁷⁰.

Cuando nos encontramos dentro del ámbito de aplicación de la normativa de consumidores y usuarios, como vimos que era nuestro caso, hay que atender también a las previsiones que sobre la oferta realiza el Real Decreto Legislativo 1/2007, que refunde la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios y otras normas. En el artículo 20 del Texto Refundido se establece la información necesaria que deberá estar presente en las ofertas comerciales de bienes y servicios, mediante medios de comunicación, cuando el que realiza la oferta es el profesional y se destina a consumidores⁴⁷¹.

Además, el artículo 61⁴⁷² TRLGDCU establece la *integración imperativa de la oferta, promoción y publicidad en el contrato*, esto supone que lo ofertado pasa a ser contrato y, por ende, será exigible por el consumidor. Sin embargo, no podemos resistir la tentación de exponer nuestro parecer sobre la materia, dado que consideramos que sin la existencia de este artículo 61 del TRLGDCU, esto ya era así, es decir: si la oferta es una declaración de voluntad tal que la mera aceptación hace que nazca el contrato, es a nuestro parecer evidente que los elementos manifestados en la oferta son parte del contrato, con independencia de la mayor defensa que de los consumidores pretende la referida norma.

⁴⁷⁰ Como por ejemplo el fin de existencias, el agotamiento de ejemplares, o la venta de las primeras unidades.

⁴⁷¹ Concretamente establece el referido artículo 20 que, con el fin de facilitar la decisión de contratar del consumidor, deberá informarse sobre el "*nombre, razón social y domicilio completo del empresario responsable de la oferta contractual; las características esenciales del bien o servicio de una forma adecuada a su naturaleza y al medio de comunicación utilizado; el precio final completo, incluidos los impuestos, desglosando, en su caso, el importe de los incrementos o descuentos que sean de aplicación a la oferta (o cuando no puedan fijarse con exactitud, la base de cálculo); procedimientos de pago, plazos y ejecución del contrato y, en su caso, el desistimiento*".

⁴⁷² Artículo 61 TRLGDCU: "*1. La oferta, promoción y publicidad de los bienes o servicios se ajustarán a su naturaleza, características, utilidad o finalidad y a las condiciones jurídicas o económicas de la contratación. 2. El contenido de la oferta, promoción o publicidad, las prestaciones propias de cada bien o servicio, las condiciones jurídicas o económicas y garantías ofrecidas serán exigibles por los consumidores y usuarios, aún cuando no figuren expresamente en el contrato celebrado o en el documento o comprobante recibido y deberán tenerse en cuenta en determinación del principio de conformidad del contrato. 3. No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, si el contrato celebrado contuviese cláusulas más beneficiosas, estas prevalecerán sobre el contenido de la oferta, promoción o publicidad*".

Es oportuno señalar el estudio que de los contratos de servicios realiza DE BARRÓN ARNICHES y que también estudia la oferta en estos contratos, indicando la necesidad de adaptar a éstos las previsiones normativas y doctrinales, que parecen más fácilmente identificables con la oferta propia del contrato de compraventa. La autora se hace las siguientes cuestiones: "*¿es aplicable sin dificultad a estos contratos el esquema clásico de la oferta y aceptación tal y como aparece en la teoría general de los contratos? ¿No es más cierto que esta estructura ha sido concebida para el paradigmático contrato de compraventa y encaja mal en la fase dinámica de conclusión de un negocio jurídico cuyo contenido principal es una obligación de hacer?*"⁴⁷³.

En nuestra opinión, no encontramos demasiado problema para encajar la estructura clásica de la oferta a las ofertas de servicios, pues se tratará de definir el servicio, el precio del mismo, la duración de la oferta y, su aceptación supondrá que ha nacido el contrato de prestación de servicio y que el mismo pasará a ser exigible por el acreedor. Sin embargo, entendemos la peculiaridad que la misma autora señala como especial en el caso de la oferta de los contratos de servicios médicos, y es que, acertadamente señala que el profesional que presta servicios estará obligado a informar y obtener el consentimiento informado previamente a la celebración de los mismos, circunstancia en la que sí que observamos cierta dificultad de adaptación de la estructura de la oferta en los contratos de dar, a los contratos de hacer.

Y también coincidimos con la autora en otra particularidad de estos contratos - los de servicios, o arrendamiento de servicios -, vinculada a la oferta, aunque es posterior a la aceptación de la misma: el derecho de desistimiento de los consumidores de servicios es distinto al de los consumidores de *cosas*. El desistimiento en este tipo de contratos deberá realizarse en el momento inmediatamente posterior a la aceptación de la oferta, y antes de que el servicio se haya comenzado a realizar, de otro modo, si el servicio se ha empezado a prestar, debería hacerse cargo, el cliente, de la parte ya prestada⁴⁷⁴.

Esto es relevante en relación con la oferta porque el derecho de consumidores establece, como hemos señalado al ver el artículo 20 del TRLGDCU, que en ella deben

⁴⁷³ DE BARRÓN ARNICHES, Paloma, "Capítulo XVIII. La formación del Contrato de Servicios" en PARRA LUCAN, María Ángeles (dir.), *Negociación y perfección de los contratos*. Ed. Thomson Reuters - Aranzadi. 2014. Cizur Menor. Pág. 970.

⁴⁷⁴ DE BARRÓN ARNICHES, Paloma, *op. cit.* Pág. 998.

indicarse las cuestiones relativas al desistimiento y, consideramos que acertadamente, la autora citada recuerda las peculiaridades que deberán observarse para los contratos de servicios, que para el caso del derecho de desistimiento será que deberá ejercitarse antes de que el servicio haya comenzado a prestarse, dado que una vez prestado lógicamente no puede devolverse, al ser una obligación de hacer.

Por último vamos a tratar un tema vinculado a la oferta que nos resulta especialmente interesante: *la publicidad engañosa*. En la actualidad internet y las redes sociales, son canales mediante los cuales se está haciendo publicidad de servicios médicos, de profesionales y de clínicas, e incluso de intervenciones en concreto. ARBESÚ GONZÁLEZ afirma que "*la publicidad de este tipo de servicios, tendrá una influencia fundamental sobre dicha información otorgada por el médico al paciente*"⁴⁷⁵, recordando, a renglón seguido, que el Real Decreto Legislativo 1/2007, ofrece la posibilidad de integrar la publicidad en la oferta contractual, a lo que añadimos que, el canal mediante el cual se realice será independiente, para que pueda realmente integrarse la publicidad a la oferta, motivo por el que los profesionales deberán ser cuidadosos con las informaciones que se den en redes sociales.

En ocasiones la Jurisprudencia ha podido analizar procedimientos en los que la publicidad y la oferta sobre el servicio que se iba a prestar, por ser engañosa, ha generado una confusión en el consumidor, que ha llegado a celebrar un contrato que le ha generado unas expectativas que se vieron frustradas. En nuestro ámbito de estudio es especialmente significativa la Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de marzo de 2008⁴⁷⁶, que resuelve un caso de acto médico de satisfacción en que la perjudicada demandó al profesional (cirujano oral y máxilo-facial) y a su aseguradora, por no haber alcanzado el resultado que ofertó en la reparación de su mandíbula superior (que precisaba de un implante osteo-integrado de 5 piezas dentales). En el proceso, quedó probado que la perjudicada había accedido a que la intervención la realizara el doctor al que posteriormente demandó, y que el motivo por el que se decantó por él, - que no era su primera opción -, para llevar a cabo la intervención "*fue que le aseguró el éxito de la misma*"⁴⁷⁷.

⁴⁷⁵ ARBESÚ GONZÁLEZ, Vanesa, *op. cit.* Pág. 318.

⁴⁷⁶ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Civil, de 12 de marzo de 2008. Ponente D. José Antonio Seijas Quintana. RJ\2008\4045.

⁴⁷⁷ Fundamento de Derecho Primero *in fine*.

Por ese motivo, el Tribunal entiende que, como se había ofertado un resultado concreto, el mismo pasa a integrarse en el contrato y se considera que el profesional está realizando una oferta engañosa, pues no pretendía vincularse hasta tal punto, pero pese a ello, el Tribunal, en el Fundamento de Derecho Segundo de la sentencia concluye que se había comprometido un resultado y que como tras la intervención ese resultado no se ajustaba a la oferta realizada, ni al interés final perseguido por el paciente, debe acercarse este actuar al contrato de obra y en virtud del incumplimiento responsabilizar al profesional⁴⁷⁸.

GÓMEZ RUFIÁN analizando otra resolución de Tribunal Supremo en la que se sucedía también un supuesto de publicidad u oferta engañosa⁴⁷⁹, considera que en el caso concreto analizado por el TS *"la difusión por parte del centro de una campaña publicitaria (...) en la que el escaso rigor lleva fácilmente a la conclusión de que el tratamiento es sencillo y sin resultado negativo posible"*⁴⁸⁰ fue el motivo por el cual el Sumo Tribunal consideró que el resultado había sido prometido, motivo por el que no cabe considerar que la obligación es meramente de medios, sino que el centro se había comprometido a la obtención de un resultado concreto.

La STS a la que se hace alusión, es la de 4 de octubre de 2006 y en ella, se enjuicia la situación de un *paciente-cliente* que resultó con secuelas en la piel de una amplia zona de su cabeza tras someterse a un implante capilar. En el proceso se señala que el perjudicado conoció el centro en el que se realizó la intervención a raíz de una campaña publicitaria, que el tribunal consideró que era capaz de inducir a error al consumidor o usuario, puesto que se aludía a un tratamiento sin riesgos, seguro y eficaz y también a que en el centro solo intervenían profesionales especialistas en cabello, sin que ello fuera cierto.

⁴⁷⁸ Señala la Sentencia, en el último párrafo del Fundamento de Derecho Segundo: *"puesto que comprometió un resultado satisfactorio al término de la intervención o lo que es igual, aseguró o garantizó el interés final perseguido por el paciente, como declara probado la sentencia, captando su voluntad para realizar un tratamiento que en principio, y conforme al deseo de la paciente, iba a adecuarse a las pautas señaladas por el médico especialista en esta clase de actuaciones, que le había reconocido con anterioridad, y esta actuación deja al margen cualquier valoración sobre los elementos que conforman la responsabilidad que pudiera derivar de la intervención médica para aproximarla al régimen jurídico del arrendamiento de obra y no de servicios, en el que el resultado ofertado o prometido, y no cumplimentado, y no los medios que se pusieron a disposición de la paciente, resulta suficiente para responsabilizar al facultativo del daño"*.

⁴⁷⁹ Concretamente, la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 4 de octubre de 2006. Ponente D. José Antonio Seijas Quintana. RJ\2006\6428.

⁴⁸⁰ GÓMEZ RUFIÁN, Luis, "Cirugía estética y responsabilidad civil:..." *op. cit.* Pág. 213.

DÍAZ MARTÍNEZ al analizar la referida STS, incide en que la falta de resultado, unida a la promesa de resultado realizada en la publicidad son el motivo por el cual se condena al centro que ofertaba - con publicidad engañosa - el tratamiento que resultó dañar al demandante⁴⁸¹.

e) *El Animus Contrahendi*

Plenamente relacionado también con el consentimiento contractual, y más estudiado en España como vertiente del principio de la autonomía de la voluntad, resulta especialmente importante resaltar el *animus contrahendi*, es decir, la voluntad o la intención de las partes de celebrar el contrato, que a su vez, se relaciona con el motivo de su celebración, porque los contratos que analizamos persiguen un cierto fin, y sin ese fin y voluntad, el contrato carecería de sentido.

Pese a estar corriendo el riesgo de poder resultar temerario, considero que en nuestro objeto de contrato, el *animus* del cliente - acreedor es tan esencial que de no existir no tiene razón de ser el contrato. Aspecto que por otro lado, si solo se menciona hasta este punto no tiene nada de especial, pues en todos los contratos, la voluntad de las partes, manifestada mediante consentimiento contractual es elemento fundamental y necesario del contrato. Sin embargo, realizar el estudio de la voluntad de las partes aquí, en este momento y llamar al apartado *el animus contrahendi*, no es arbitrario, y pretende superar lo ya expuesto sobre el consentimiento contractual.

Nos explicamos: sentado queda que el consentimiento es esencial para que cualquier contrato, sea la que sea su causa, y sea cual sea el objeto, exista. Sin embargo, el *animus contrahendi*, al menos como lo entendemos desde la presente postura, es fundamental porque en los actos médicos de satisfacción con finalidad estética, lo que se busca gracias al contrato es que una voluntad interna de cambiar y de mejorar se convierta en una realidad, por lo que el *animus* alcanza incluso al propio objeto contractual.

Como siempre que hablamos de consentimiento, y de oferta, y de aceptación, podemos colocarnos ante una negociación, en la que las partes del futuro contrato están

⁴⁸¹ DÍAZ MARTÍNEZ, Ana, "El resultado garantizado o pactado en los tratamientos de medicina estética" en *Revista Aranzadi Civil - Mercantil*. Núm. 10. Año 2011. Págs. 23 - 34.

aproximando posturas para ver si finalmente llegan a la conclusión del mismo. Esto es relevante en todos los contratos, y no justificaría, *per se*, el estudio pormenorizado del *animus contrahendi* interno de cada una de las partes que lo forman. Y que tiene un alcance distinto dependiendo de la voluntad de las partes, pues puede perseguir una leve mejoría producida por ejemplo mediante una depilación con laser médico, hasta modificar completamente el cuerpo del sujeto que adquiere ese servicio profesional.

Las ideas que se crean o los motivos de cada una de las partes para la celebración del contrato, han sido estudiadas de distinto modo por la doctrina.

Como vimos al hablar de la oferta, para YZQUIERDO las relaciones previas al contrato no son contrato y si en su transcurso se causan daños entre esas personas - que aún no son partes contractuales - se deberán resarcir esos daños en virtud del artículo 1902 CC⁴⁸². Compartimos esta postura, pero consideramos oportuno hacer una apreciación.

La relevancia de las negociaciones y el *animus contrahendi* de las partes, especialmente del *paciente-cliente*, en los actos médicos de satisfacción con finalidad estética es fundamental. El sujeto que contrata una intervención médico-estética lo hace motivado por una voluntad de cambio, que configura su *animus contrahendi* y motiva y fuerza la celebración del contrato y, además, ese *animus* de su contraparte, es lo que ayuda al profesional y a los centros oferentes a obtener un nuevo *cliente*.

Como veremos en el capítulo cuarto, cuando el resultado de la intervención no se corresponde con la voluntad del acreedor, para él se habrá producido un daño, fruto del desajuste entre el resultado real y el pretendido. Sin embargo, en ocasiones este desajuste puede que, si observamos meramente el contrato no tenga parangón, ni respaldo, o que incluso no exista. Es decir, puede que en *in contrahendo* se haya producido un desajuste entre la voluntad interna del cliente - su intención o *animus* - y la voluntad externalizada en el consentimiento contractual.

Esto unido a que las partes hablan un lenguaje significativamente distinto, dado que una de ellas es profesional médico y la otra no tiene necesidad de tener ningún tipo

⁴⁸² Artículo 1902 CC "El que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado".

de conocimientos de medicina hacen que el principio de autonomía de la voluntad de las partes, en nuestra opinión, pueda verse algo afectado.

No es que las partes no sean libres para contratar lo que quieran, siempre respetando los límites que señala el artículo 1255 CC⁴⁸³, sino que una de las partes puede tener más dificultades para expresar qué es lo que quiere contratar y para entender qué le están ofreciendo y ello puede llevar, y de hecho llevará, a que tras la prestación del servicio surjan desacuerdos entre las partes.

Estas desavenencias o discusiones siempre se consideran motivadas por un desajuste en el resultado de la intervención, es decir, siempre surgen como incumplimiento contractual (*a posteriori*), y prudentemente consideramos que el problema es de base, y viene propiciado por las dificultades para esclarecer el *animus contrahendi* en el momento de la perfección contractual.

En sede de interpretación de los contratos, el artículo 1281 del CC establece:

"Si los términos de un contrato son claros y no dejan duda sobre la intención de los contratantes, se estará al sentido literal de sus cláusulas.

Si las palabras parecieren contrarias a la intención evidente de los contratantes, prevalecerá ésta sobre aquéllas".

En este artículo encontramos un ejemplo del poder del *animus contrahendi*: la intención evidente de las partes puede llegar a primar sobre la literalidad del contrato, cuando la misma no sea clara. Es lo que LACRUZ BERDEJO denominaba "*primacía del espíritu sobre la letra, de la intención sobre el texto*"⁴⁸⁴.

La intención de los contratantes se observa a través de sus manifestaciones exteriores, es decir, se puede analizar solo aquello que haya sido expresamente manifestado, dado que no podemos conocer la voluntad interna, motivo por el que se recomienda, en todo caso, que se externalice en la negociación el *animus contrahendi* auténtico y más visceral. Cuestión distinta es que aunque en el transcurso de los tratos previos a la celebración del contrato, se llegue a un acuerdo distinto, pues, de ese modo, será lo más similar posible a la idea original y originaria del contrato. Por ejemplo, una

⁴⁸³ Como vimos, el Artículo 1255 CC señala: "*Los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral ni al orden público*" (subrayado propio, para resaltar los límites a la autonomía de voluntad).

⁴⁸⁴ LACRUZ BERDEJO, José Luis [et. al.], *op. cit.* Pág. 495.

persona que pretendiera la reducción de su abdomen, podría estar pensando en contratar una liposucción, pero tras conversar con el profesional, éste podría convencerlo de que sería más ajustado a su caso, una abdominoplastia, mediante la cual, además de reducirse el volumen del abdomen, se elimina la piel sobrante de la zona. En este caso, la voluntad inicial se habría completado o ampliado tras conversar con el profesional, se forjaría una solución distinta a la que primeramente se hubo pensado; una intervención más difícil, con un postoperatorio más complejo y con un precio más elevado, pero que el interesado puede que observe ahora como la opción más eficaz y completa para lograr el fin perseguido.

Sin embargo, hasta aquí hemos expuesto solo lo relativo a la interpretación subjetiva de los contratos, es decir, la que se realiza intentando encontrar el motivo por el cual las partes llegaron a contratar. Existe también la corriente objetiva, que considera que los contratos deben interpretarse en atención a la buena fe y al tráfico jurídico más habitual. DÍEZ-PICAZO Y GULLÓN señalan que *"nuestro código civil, como veremos a continuación, acoge la primera dirección, si bien no de una forma exclusiva, pero siempre predominante. No obstante, en la medida en que jurisprudencialmente se atiende con mayor frecuencia al criterio de la buena fe en la interpretación contractual, la dirección objetiva se irá imponiendo"*⁴⁸⁵.

La interpretación objetiva también nos debiera servir para defender nuestra postura pues, si atendemos a la buena fe contractual y a los contratos que se celebran normalmente en el tráfico jurídico, los contratos de actos médicos de satisfacción con finalidad estética, siempre deberían ser interpretados en atención a la intencionalidad del acreedor, que es el que adquirió el servicio concreto a un profesional experto en la materia que es la persona indicada para alcanzar el fin perseguido.

1.4. Especial consideración de las actuaciones precontractuales en los contratos de actos médicos de satisfacción con finalidad estética

Aun sabiendo que el contrato se produce cuando coinciden la oferta y la aceptación, sobre el objeto y la causa, y partiendo de las palabras de YZQUIERDO ya referidas con anterioridad, sobre el hecho de que las relaciones previas al contrato no

⁴⁸⁵ DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, Luis y GULLÓN BALLESTEROS, Antonio, *op. cit.* Pág. 75.

son contrato, y si de ellas se derivan daños a las partes no estaremos frente a un supuesto de responsabilidad contractual, sino extracontractual, consideramos oportuno abordar la cuestión de las actuaciones precontractuales, por la especial relevancia que a los efectos de los actos médicos de satisfacción pueden acarrear.

En nuestro objeto de estudio, son famosas las imágenes del *antes y después* que durante muchos años han servido - y parece que seguirán sirviendo por muchos años más - para publicitar todo tipo de productos de lo más variopinto, tales como crece pelos, tés adelgazantes, geles anti celulíticos, cosméticos rejuvenecedores de la dermis y otros muchos productos de mayor o menor éxito y calidad⁴⁸⁶. Pues bien, en el ámbito de los actos médicos de satisfacción con finalidad estética es más frecuente de lo que cabría imaginar que los doctores y las clínicas ofrezcan a los futuros clientes informaciones, imágenes, simulaciones y recreaciones utilizando herramientas digitales como el *photoshop* y otros procesos técnicos, para poder ayudar al futuro acreedor a hacerse una idea de *cómo va a ser su cuerpo* o su *rostro* tras las intervenciones a las que pretende someterse.

Todos estos elementos adicionales no tienen por qué formar parte de la oferta concreta de celebración del contrato, sino que son informaciones que se dan en el proceso de negociación contractual, y que también pueden consistir en dibujos sobre el propio cuerpo del futuro acreedor. Es relevante que no siempre tengan relación con la oferta, pues pueden ser una información independiente a ésta y no siempre encajar fácilmente en la categoría de material promocional o publicitario, ni tan siquiera en aplicación de las normas de consumidores y usuarios ya observadas⁴⁸⁷ y tienen como objetivo proteger a los consumidores.

Podríamos considerar estas imágenes o informaciones como parte integrante del contrato, sin embargo, también es posible considerar que no lo son, pues pueden ser informaciones previas a la oferta efectiva - que hemos visto como sí que se integra en el contrato - por lo que podría llegar a existir una pugna en las partes en conflicto por

⁴⁸⁶ Durante unos años tal magnitud adquirieron estos productos, que en el año 1996 se promulgó el Real Decreto 1907/1996, de 2 de agosto, sobre publicidad y promoción comercial de productos, actividades o servicios con pretendida finalidad sanitaria, conocido como el Real Decreto de los "productos milagro", y cuyo objetivo es evitar que puedan llegar a confundirse con productos con base científica y garantía de seguridad como los medicamentos.

⁴⁸⁷ Especialmente en aplicación del artículo 61 del TRLGDCU.

ubicar esas informaciones dentro o fuera del contrato, es decir, las conversaciones precontractuales pasan a ganar relevancia, o pueden ser vitales para alguna de las partes.

En nuestra opinión, las informaciones que se intercambian las partes en la fase previa a la celebración del contrato deben ser tomadas en consideración, pues son ciertamente relevantes para la formación de la voluntad interna y externa de los contratantes, es decir, constituyen o ayudan a configurar el *animus contrahendi* y pueden servir para observar, a *posteriori*, qué se esperaba de la celebración del contrato y qué ha sucedido tras el acto médico, es decir, sirven para interpretar tanto la voluntad de los contratantes, como para observar el grado de cumplimiento del propio contrato.

Y si el profesional ha cumplido con lo contratado. Además, estos documentos o estudios técnicos, pueden encuadrarse en la definición que LÓPEZ Y LÓPEZ, MONTÉS PENADÉS Y ROCA TRIAS dan de los tratos preliminares en su obra del año 2001, cuando señalan que de los mismos no nace la relación jurídica, ni fuerzan a la celebración del contrato, pero no son intrascendentes dado que pueden *servir para conocer la voluntad contractual*⁴⁸⁸, esta opinión coincide con la del profesor CUADRADO PÉREZ que conecta la forma tradicional de negociar un contrato con la interpretación que gracias a la fase previa se puede realizar del mismo⁴⁸⁹.

Estas ideas conectan con nuestro tipo de contrato y confieren relevancia a los actos preliminares, que consideramos que, pese a no ser contrato, pueden ser indiscutiblemente una gran herramienta hermenéutica del mismo.

La naturaleza del contrato de acto médico de satisfacción con finalidad estética que encaja en el clásico "*do ut facias*", hace que no consideremos como ideales las situaciones en las que se celebran contratos para este tipo de actuaciones médicas como meros contratos de adhesión, donde una parte - que es la clínica o centro médico-estético -, extiende sus condiciones al particular que pretende la intervención y que es el

⁴⁸⁸ Señalan los autores: "*de ellos no nace una relación jurídica, ni vinculan a la contratación; sin embargo, no se puede considerar que sean intrascendentes para el futuro contrato: pueden servir para conocer la voluntad contractual e interpretarla, o para apreciar los posibles vicios de la misma*". LÓPEZ Y LÓPEZ, Ángel, MONTÉS Y PENADÉS, Vicente Luis, y ROCA I TRIAS, Encarna, (Dir.), *Derecho Civil. Derecho de Obligaciones y Contratos*. Ed. Tirant lo Blanch. 2001. Valencia. Pág. 249 - 250.

⁴⁸⁹ Establece el autor: "*no cabe desdeñar el modo tradicional de contratar, en cuyo germen podemos localizar una fase previa dirigida a negociar los concretos términos del negocio jurídico finalmente acordado*". CUADRADO PÉREZ, Carlos, "Nuevas perspectivas de la responsabilidad precontractual" en PEREÑA VICENTE, Montserrat y DELGADO MARTÍN, Palmira (dir.), *Nuevas Orientaciones del Derecho Civil en Europa*. Ed. Thomson Reuters - Aranzadi. 2015. Cizur Menor. Págs. 371 - 372.

acreedor del servicio que contrata. En nuestra opinión, ser el acreedor de este tipo de intervenciones es motivo fundamental para que deba existir la posibilidad de que quede claro y bien definido cuál es la voluntad de la persona interesada en la realización del contrato. Algo que, cuanto más nos acercamos a la contratación no negociada, menos sucede⁴⁹⁰.

Existe mucha doctrina sobre la responsabilidad *in contrahendo*, quizás porque tal y como observa CUADRADO PÉREZ "*el legislador español descuidó por completo la regulación específica de la etapa precontractual o fase preparatoria del contrato*"⁴⁹¹. Esta situación nos complica el estudio de la cuestión, pues además, la responsabilidad *in contrahendo* se enfoca a la causación de daños en los tratos preliminares o negociaciones precontractuales y no tanto al estudio de la relación precontractual y de la oferta contractual, aspecto en el que consideramos que debería existir un mayor consenso.

Sobre los daños en la fase preliminar o precontractual, en nuestra opinión, coincidente con la de YZQUIERDO, cualquier daño provocado en la fase de negociación de los contratos debería ser resarcido en atención a la responsabilidad extracontractual, en vez de hacer un uso extensivo de la responsabilidad contractual, más cuando por los daños en la negociación el contrato no llegue ni tan solo a celebrarse. Ello mientras no se modifique el CC, por cuanto en el proyecto de modernización del Libro IV del CC del año 2009, se introduce un artículo sobre responsabilidad precontractual y sobre las normas que deben seguir las partes del futuro negocio jurídico, como veremos en el apartado siguiente.

Mientras nuestra regulación no cambie, los daños que se produzcan en estas negociaciones serán indemnizados *ex art.* 1902 CC, y, en nuestra opinión, estos tratos precontractuales (que no son contrato) sirven para entender la voluntad de las partes, que consideramos fundamental para el caso de que se produzca un incumplimiento

⁴⁹⁰ Si se nos permite la apreciación, como existen ciertas intervenciones estéticas más demandadas o frecuentes (como la eliminación del exceso de piel en los párpados, los aumentos de pecho, o las reducciones de grasa del abdomen) parece como si los casos fueran siempre iguales, y como si se hubiera automatizado la contratación de estas intervenciones, algo que nos horroriza, pues tender hacia los contratos de adhesión, aleja, en nuestra opinión, estas intervenciones de su verdadera naturaleza de contrato consensual donde cada caso es distinto y cada intervención debe ajustarse a las características personales del acreedor.

⁴⁹¹ *Cit. supra*. Pág. 372.

contractual, o un conflicto en el momento de interpretarlo, es decir, incluso en situación de imposibilidad de vincular esos documentos e informaciones previas a la oferta con la misma oferta, podremos acudir a estas negociaciones para intentar descifrar el objetivo del contrato.

Es decir, que si bien no podemos apoyarnos en los actos precontractuales para hablar de daños del contrato, pues esos actos son tendentes a la celebración del mismo pero independientes de la celebración de los contratos y resultan indiferente a las normas que en este momento están vigentes, la legislación Europea y las propuestas de reforma del CC, como veremos, tienden a darles cada vez más peso y valor y, si se nos permite la expresión, a "*contractualizar*" los tratos preliminares.

En nuestra opinión, además, no se puede perder de vista que, en nuestros casos de estudio, los tratos preliminares pueden llegar a constituir verdaderas promesas de resultado, que han sido interpretadas por la jurisprudencia como esenciales de cara a observar la exigibilidad del resultado, es decir, que dejarlas fuera del contrato y no acudir a estas negociaciones para la interpretación de los mismos puede perjudicar gravemente al acreedor del servicio médico-estético, pues de entenderse que existía una promesa de resultado, el alcance de la obligación del profesional puede considerarse mayor. Por este motivo, quizá aun sin existir ninguna promesa en el propio contrato celebrado, del estudio de estos tratos puede considerarse que hubo una cierta promesa del mismo en una fase previa a la perfección contractual y que ella fue la que hizo al acreedor decidirse a llevar a cabo el contrato.

Y ello por cuanto, tal y como señala PLANA ARNALDOS "*debe distinguirse, en definitiva lo que constituye conversaciones o tratos preliminares, de manifestaciones de voluntad con efectos vinculantes que podemos calificar como oferta contractual*"⁴⁹². Para la autora, oferta y tratos preliminares son distintas fases, sin embargo, distinguir entre una figura y la otra, *puede ser en ocasiones difícil*⁴⁹³. La autora concluye señalando que "*no puede haber contrato si ambas partes no tienen voluntad de contratar*"⁴⁹⁴, conclusión que como observamos, no resuelve en nuestro caso de estudio

⁴⁹² PLANA ARNALDOS, M^a Carmen, "Formación del contrato. Requisitos de la oferta y diferencia entre tratos previos y perfección del contrato" en *Revista Aranzadi Civil-Mercantil*. Vol. I. Núm. 11/2012. Ed. Aranzadi. 2012. Cizur Menor. Págs. 31 - 43.

⁴⁹³ *Cit. supra*.

⁴⁹⁴ *Cit. supra*.

la categoría que tenemos que ofrecer a esos documentos y negociaciones que se utilizaron en las fases primeras de la relación, de la que posteriormente surgió un contrato.

Ante esta situación expuesta de falta de concreción, consideramos que es muy posible que pueda defenderse que las negociaciones forman parte de la oferta contractual, acudiendo a la existencia de jurisprudencia (SSTS 4 octubre 2006 y 12 de marzo de 2008⁴⁹⁵, entre otras) que ha responsabilizado a los profesionales por no alcanzar el resultado ofertado, entendiendo que el mismo estaba prometido.

2. El Derecho Europeo de Contratos y el proyecto de reforma del Libro IV del Código Civil

Desde hace ya muchos años en el marco de la Unión Europea existe una cierta intencionalidad de aproximación de la normativa de contratos y obligaciones, como una tendencia a la armonización de los preceptos sobre derecho privado, que nos han llevado al surgimiento de distintos cuerpos jurídicos, con una función *inspiradora* para los operadores jurídicos.

Son cuerpos normativos del conocido como *soft law* que pretenden ir introduciéndose en los derechos privados nacionales, pues surgen de la observación de los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros de la Unión Europea. Estas corrientes, según REDONDO TRIGO se inician en resoluciones del propio Parlamento Europeo ya bastante antiguas, que tenían como objetivo armonizar el derecho privado de los Estados miembros e incluso "*que se iniciaran los trabajos preparatorios para la elaboración de un <<Código europeo común de derecho privado>>*"⁴⁹⁶.

Tal y como señala el autor, este proceso de europeización del derecho privado se inicia con los Principios de Derecho Europeo de los Contratos (PECL, por sus siglas en Inglés), conocidos también como Principios Lando⁴⁹⁷. Éstos se forjaron en el cambio de

⁴⁹⁵ Analizadas en el apartado correspondiente a la oferta contractual (*Vid.* Apartado 1.3. d) del presente Capítulo).

⁴⁹⁶ REDONDO TRIGO, Francisco, "De los Principios Lando al marco común de referencia del Derecho Privado Europeo. Hacia un nuevo <<*Ius Commune*>>" en *Anuario de Derecho Civil (ADC)*. Tomo LXIII. Núm. 4. 2010. Págs. 1643 - 1682. (La cita se extrae de la pág. 1652).

⁴⁹⁷ En honor al profesor Ole Lando, que fue el director y coordinador de los profesionales de los países de

siglo instados como hemos visto por las instituciones europeas y fueron publicadas en La Haya en el año 2000⁴⁹⁸.

Las previsiones concretas de los PECL, que pretenden servir de principios inspiradores para el derecho privado en la UE, son muy genéricas, pero encontramos algunos aspectos que nos pueden ayudar a resolver o a decantarnos por una opción concreta en caso, por ejemplo, de interpretación de la validez de los tratos preliminares. Los PECL en su artículo 2:105, apartado 3º señalan que "*las declaraciones anteriores de las partes pueden utilizarse para interpretar el contrato*" y además, también aplicable al tema concreto de la promesa de resultado y de la posible vinculación en la oferta de las promesas previas, el artículo 2:107 establece que "*una promesa hecha con la intención de obligarse jurídicamente sin necesidad de aceptación, es vinculante*".

Los PECL, suponen un avance y son una gran herramienta hermenéutica a la hora de interpretar las reglas básicas en la contratación civil, pero no llegan a la profundidad necesaria para abordar cuestiones más complejas como los contratos típicos y su interpretación o los alcances de las obligaciones de los prestadores de servicios, algo a lo que sí que llegan los siguientes instrumentos europeos que señalamos seguidamente.

En primer lugar, analizamos el DCFR o *Draft Common Frame of Reference*, que se traduce por lo general como Marco Común de Referencia para el Derecho Privado Europeo y que pretende ser "*un texto con autoridad para servir de referencia del Derecho privado europeo*"⁴⁹⁹ y que además se trata de una norma que ofrece una enorme complejidad e infinidad de reglas sobre los aspectos del derecho privado de más elevado nivel.

El DCFR es una obra estructurada en Libros, en los que se abordan los aspectos más significativos del Derecho de contratos y obligaciones, en los Libros II y III se

la UE que trabajaron en la elaboración de los mismos.

⁴⁹⁸ LANDO, Ole, y BEALE, Hugh, eds. *Principle of European Contract Law. Parts I and II*. Ed. Kluwer Law International. 2000. La Haya. (Disponible en Español en traducción del Dr. Fernando Martínez Sanz en el siguiente enlace: <http://campus.usal.es/~derinfo/Material/LegOblContr/PECL%20I+II.pdf> Consultado 25 febrero 2017).

⁴⁹⁹ EIDENMÜLLER, Horst; FAUST, Florian; CHRISTOPH GRIDOLEIT, Hans; JANSEN, Nils; WAGNER, Gerhard, y ZIMMERMANN, Reinhard, "El marco común de referencia para el Derecho privado europeo: cuestiones valorativas y problemas legislativos" (Traducción de Bruno Rodríguez-Rosado) en *Anuario de Derecho Civil*. Tomo LXII. Núm. 4. 2009. Págs. 1461 - 1522 (La cita se extrae de la pág. 1463).

recogen las previsiones sobre la teoría general de los negocios jurídicos y el Derecho de obligaciones⁵⁰⁰, mientras que en el Libro IV aparecen las *concretas figuras contractuales*⁵⁰¹. Por ello, como pretendemos analizar las posibles soluciones que el DCFR puede dar a los problemas que sabemos que existen a la hora de encuadrar el contrato objeto de estudio en la presente investigación dentro de la figura del *contrato de obra* o del *contrato de servicios*⁵⁰², vamos a centrar el estudio de los DCFR a este preciso supuesto.

La relevancia de este cuerpo del *soft law* en nuestro ordenamiento jurídico y, más concretamente, en nuestro objeto de estudio la han señalado diversos autores, pero coincidimos plenamente con la argumentación de CRESPO MORA que le otorga un papel fundamental al DCFR porque en España está inspirando a la jurisprudencia y tal y como señala la autora "*no hemos de olvidar, además, el importante papel que desempeña la jurisprudencia precisamente en el ámbito de los contratos de servicios ya que, debido a la escueta y arcaica regulación de este contrato en nuestro Código civil, la labor interpretadora de los tribunales ha tenido que suplir las lagunas legales existentes*"⁵⁰³. Como se observará más adelante en el presente Capítulo, cuando se analice la situación en el ordenamiento español al respecto del contrato de arrendamiento de obra y el contrato de arrendamiento de servicios, nuestra coincidencia con la relevancia señalada por la autora no puede ser mayor.

Para analizar el DCFR, en primer lugar, debemos situarnos dentro del Libro IV "*Contratos específicos y derechos y obligaciones derivados de ellos*", en el Título C "*Servicios*" del DFCR y observar como el DFCR considera que los contratos que analizamos en nuestra investigación (contratos para tratamiento médico) tienen cabida en ese título, pues el artículo IV.C.-1:101 establece:

"(1)El presente Título del Libro IV se aplica:

⁵⁰⁰ *Cit. Supra.* Pág. 1466.

⁵⁰¹ *Cit. Supra.* Pág. 1467.

⁵⁰² Tal y como será analizado en los próximos apartados de nuestra investigación, en los que se desgranará profundamente la controversia doctrinal y jurisprudencial en nuestro ordenamiento jurídico.

⁵⁰³ CRESPO MORA, M^a Carmen, "Las obligaciones de medios y de resultado de los prestadores de servicios en el DCFR" en *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*. Núm. 2/2013. Barcelona. Pág. 7 de 45.

(a) a los contratos en virtud de los cuales una de las partes, el prestador de servicios, se compromete a prestar un servicio a la otra parte, el cliente, a cambio de un precio; y

(b) con las modificaciones oportunas, a los contratos en virtud de los cuales el prestador de servicios se compromete a prestar un servicio al cliente sin que medie el pago de un precio.

(2) Se aplica en particular a los contratos de construcción, procesamiento, depósito, diseño, información o asesoramiento y tratamiento médico".⁵⁰⁴

En palabras de DE BARRÓN ARNICHES al comentar el artículo referido del DCFR "*se infieren una serie de rasgos esenciales del contrato, a saber, un contrato oneroso y sinalagmático, en el que el servicio se realiza en el desarrollo de una actividad profesional o empresarial, y que se sustenta en la confianza del cliente en la capacitación personal y material del prestador del servicio para la tarea encomendada*"⁵⁰⁵ por lo que vemos que la coincidencia entre el DCFR y las características que hemos señalado del contrato que estamos analizando, en los distintos epígrafes del apartado 1.1. del presente Capítulo de nuestra investigación es completa. Sin embargo, en el comentario que la autora realiza, al respecto del referido artículo del DCFR, no se hace alusión a los servicios concretos señalados por el artículo, pues especialmente relevante para nuestro objeto de estudio es la falta de comentario al respecto de la aplicación específica de estas reglas a los servicios de tratamientos médicos.

Tras el análisis profundo de las previsiones del DCFR, prudentemente señalamos dos preceptos que consideramos que son realmente interesantes. Nos referimos a los artículos IV.C.-2:102 y el IV.C.-2:106.

El primero de ellos, IV.C.-2:102, establece literalmente:

"1. El prestador del servicio tiene una obligación precontractual de advertir al cliente si es consciente del riesgo existente de que el servicio que se le solicita, a) puede no alcanzar el resultado indicado al cliente o previsto por éste, b) puede dañar otros

⁵⁰⁴ Subrayado propio del artículo para señalar la aplicabilidad a los contratos de servicios médicos.

⁵⁰⁵ DE BARRÓN ARNICHES, Paloma, "Comentario a los artículos IV.C del DCFR" en VAQUER ALOY, Antoni, BOSCH CAPDEVILA, Esteve y SÁNCHEZ GONZÁLEZ, María Paz (coords.), *Derecho Europeo de Contratos. Libros II y IV del Marco Común de Referencia*. Tomo II. Ed. Atelier. 2012. Barcelona. Págs. 1137 a 1231. (La cita se extrae de la página 1140).

*intereses del cliente, o c) puede resultar más caro o comportar más tiempo que el razonablemente esperado por el cliente. (...)*⁵⁰⁶".

Precepto reseñable, porque establece una obligación previa para el prestador de servicios de informar y advertir a su cliente, especialmente al respecto de las dificultades de obtención del resultado previsto, o de la posibilidad de que se desencadenen daños para el cliente durante la realización del servicio. Algo que, de imponerse en nuestro objeto de estudio, alteraría mucho la relación entre las partes en contrato, pues obligaría a los profesionales médicos a realizar unas reflexiones previas a sus clientes que, en algunos casos, podrían desincentivarlos o desmotivar la voluntad de adquirir ciertos servicios médicos.

El segundo de los artículos que consideramos muy destacable del DCFR es el IV.C.-2:106, que bajo la rúbrica "*obligación de alcanzar un resultado*" establece:

*"1. El prestador de un servicio debe alcanzar el resultado específico pactado, o previsto por el cliente en el momento de la perfección del contrato, siempre que, en el caso de un resultado previsto pero no indicado por el prestador del servicio (en el contrato),: a) el resultado previsto por el cliente sea uno de los que razonablemente podría esperar; y b) que el cliente no tenga ningún motivo para creer que existe un riesgo sustancial de que el resultado no pueda alcanzarse. (...)"*⁵⁰⁷.

Este artículo IV.C.2:106, tal y como señala CRESPO MORA, en primer lugar sirve para descartar la idea, tan arraigada en nuestro ordenamiento jurídico, de que en el contrato de servicios no se puede obligar al deudor a la prosecución de un concreto resultado, según la autora "*si el DCFR no equipara contrato de servicios con obligaciones de medios y contrato de obra con obligaciones de resultado es porque tal equiparación tiene como premisa que las obligaciones de resultado no tienen cabida en los contratos de servicios, conclusión que ha de ser rechazada de acuerdo con el tenor literal del artículo IV.C.-2:106*"⁵⁰⁸. Así, para la autora, el contenido fundamental del precepto es que los servicios siempre estarán constituidos por una obligación de hacer dirigida a la obtención de un resultado⁵⁰⁹, que será el que se haya previsto por las partes,

⁵⁰⁶ Traducción de DE BARRÓN ARNICHES, Paloma, *op. cit.* Pág. 1156.

⁵⁰⁷ Traducción de DE BARRÓN ARNICHES, Paloma, *op. cit.* Pág. 1179.

⁵⁰⁸ CRESPO MORA, M^a Carmen, "Las obligaciones de medios y de resultado de los prestadores ...", *op. cit.* Pág. 17 de 45.

⁵⁰⁹ *Cit. Supra.* Pág. 19 de 45.

y que la propia autora, en las conclusiones de su artículo reconoce que el resultado podrá haber sido pactado de forma "*expresa o tácitamente en el contrato*"⁵¹⁰.

Sin embargo, el DCFR parece que se contradice a sí mismo, cuando en el Capítulo octavo del Título C del libro IV, analizando el contrato de servicios para tratamiento médico, establece unas previsiones que parecen alejarse de la obligación de actuar persiguiendo un resultado que expresa o tácitamente se encuentre en el contrato. Señalamos esa posible contradicción, concretamente entre el artículo IV.C.2:106 (analizado anteriormente) y el artículo IV.C.8:104 que establece la *obligación de competencia y diligencia* del profesional médico. El primer apartado del artículo establece que "*1. la obligación de competencia y diligencia del profesional sanitario requiere específicamente que actúe con la competencia y diligencia que un profesional razonable y competente demostraría en las circunstancias de que se trate*"⁵¹¹, por lo que puede dar lugar a pensar que el DCFR está centrado en la imposibilidad de que el profesional preste un servicio pretendiendo lograr un resultado que *expresa o tácitamente* figura en el contrato.

Sin embargo, tal y como señala RAMOS GONZÁLEZ "*este posicionamiento no debe interpretarse en el sentido de que prestación de tratamiento médico no pueda consistir en una obligación de resultado, al margen de la actuación diligente del profesional, si las partes así la configuran*"⁵¹², pues esa posibilidad está contemplada en el art. IV.C.2:106.

Además, dentro de las previsiones concretas de las obligaciones de los prestadores de servicios médicos, el DCFR establece, en su artículo IV.C.8:105 la *obligación de informar*, en la que señala los aspectos que requieren ser informados por el médico para poder prestar el tratamiento y en el artículo IV.C.-8:106 la *obligación de información en caso de tratamiento médico innecesario o experimental*, en cuyo caso el DCFR señala que deberá informarse de todos los riesgos conocidos, en palabras de RAMOS GONZÁLEZ, al interpretar estos artículos, podemos decir que "*se argumenta que como el rechazo del tratamiento no conlleva un empeoramiento de la salud del*

⁵¹⁰ *Cit. Supra.* Pág. 39 de 45.

⁵¹¹ Traducción de RAMOS GONZÁLEZ.

⁵¹² RAMOS GONZÁLEZ, Sonia, "Comentario a los artículos IV.C del DCFR" en VAQUER ALOY, Antoni, BOSCH CAPDEVILA, Esteve y SÁNCHEZ GONZÁLEZ, María Paz (coords.), *Derecho Europeo de Contratos. Libros II y IV del Marco Común de Referencia*. Tomo II. Ed. Atelier. 2012. Barcelona. Págs. 1321- 1379. (La cita se extrae de la pág. 1343).

paciente, el derecho de éste a conocer todos y cada uno de los riesgos del mismo, por improbables que sean, es especialmente relevante"⁵¹³.

Tras la publicación del *Draft Common Frame of Reference* (DCFR), fueron publicados los *Common European Sales Law* (CESL), o Propuesta de normativa común de compraventa europea, en los que, tal y como señala CRESPO MORA, no se regula el contrato de servicios, sino que se afecta a algunos servicios muy concretos⁵¹⁴. La autora, tras analizar el CESL, considera, a lo que nos sumamos sin dudarlo, que estos preceptos son menos favorables a entender que el deudor prestador del servicio se obliga a un resultado (como parece que sí defendía el artículo IV.C.-2:106 del DCFR). La interpretación que se realiza de los preceptos del CESL, especialmente del artículo 148, es que la obligación del profesional prestador de un servicio será, por lo general, una obligación de medios, salvo que expresa o tácitamente se hubiere pactado un resultado concreto. Así, parece que ambos cuerpos normativos del *soft law* se contradicen en este aspecto concreto como señala la autora referida⁵¹⁵, sin embargo, la norma más completa al respecto de los contratos de servicios es el DCFR.

Vista la situación del *soft law* europeo, consideramos relevante realizar un estudio breve de la *Propuesta de Anteproyecto de Ley de Modernización del Derecho de Obligaciones y Contratos* (en adelante PMCC)⁵¹⁶ del Código Civil Español, que lleva en el horizonte legislativo desde el año 2009, y que pretende actualizar el libro IV del CC que, se encuentra en muchos casos realmente desactualizado y desconectado de la realidad. Los doctos en la materia contractual atienden esperanzados⁵¹⁷ a que vayan avanzando los trámites procesales oportunos y se llegue al momento de discusión y votación del texto que, con alguna excepción, ha sentado bien entre los expertos, dado que no se aparta del espíritu de nuestro código, sino que *simplemente* lo trae hasta la actualidad de nuestro tiempo.

⁵¹³ RAMOS GONZÁLEZ, Sonia, *op. cit.* Pág. 1352.

⁵¹⁴ CRESPO MORA, M^a Carmen, "Las obligaciones de medios y de resultado: recepción de la distinción por la propuesta CESL" en *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*. Núm. 31. Vol. 1. 2015. Págs. 91 - 104. (Especialmente Pág. 98).

⁵¹⁵ *Vid.* CRESPO MORA, M^a Carmen, *op. cit.* Pág. 99 y 100.

⁵¹⁶ Publicado por la Sección de Derecho Civil de la Comisión General de Codificación en el año 2009.

⁵¹⁷ Aunque en realidad, viendo que han transcurrido casi nueve años desde la publicación en 2009, y atendiendo a los cambios políticos constantes que hemos vivido en España, es probable que la cuestión quede o continúe paralizada por muchos años más, o que en el momento en que se pretenda actualizar el Código Civil, se decida reajustar las Propuestas del PMCC o hacer otras nuevas.

A continuación analizaremos el PMCC en relación a los aspectos que se han tratado o van a tratarse en este estudio, el objetivo no es ser exhaustivo⁵¹⁸, sino ayudar al lector a generarse una idea del posible futuro de los elementos que ya están previstos en un instrumento de modificación, como es el PMCC, para el caso en que finalmente pasaran a ser el futuro de nuestro Código o de nuestro Derecho civil.

Como vimos al tratar de la oferta contractual, existe muy poca concreción en la regulación al respecto en la actualidad, llegando a ser complicado saber si estamos ante una oferta de contrato o no, y sin que la Jurisprudencia haya tampoco aclarado la situación de deficiente normativa. El profesor CUADRADO PÉREZ⁵¹⁹ analizando el texto de la PMCC recoge el contenido de la propuesta que, como veremos a continuación, tampoco acaba de concretar al respecto de la existencia de una oferta contractual.

El artículo 1246 PMCC fija unos requisitos para que podamos entender que estamos ante una oferta contractual, y literalmente señala *"la propuesta de celebrar un contrato dirigida a una o varias personas determinadas constituirá oferta siempre que precise los elementos necesarios del contrato o prevea la forma de determinarlos y revele la voluntad del oferente de obligarse"*. Así, sin referenciar ninguno de los requisitos en concreto, sin establecer cuáles son los elementos del contrato, marca una pauta para saber cuándo estamos ante una oferta: siempre que la propuesta *precise los elementos necesarios o prevea la forma de determinarlos*.

Parece evidente que el claro objetivo de los proyectistas es el de facilitar el tráfico negocial y jurídico, siempre que pueda existir una oferta, al respecto de un objeto, dirigida a una o varias personas, que sea supeditada a obtener una respuesta positiva y con posibilidades de determinar lo no determinado, estamos ante una oferta contractual. Coincide nuestro análisis con la opinión de FERRANDIZ que considera que la PMCC enlaza la oferta con los requisitos del contrato⁵²⁰.

⁵¹⁸ Dado que desde el año 2009, en que apareció el PMCC se ha publicado muchísima bibliografía al respecto del mismo, y es un trabajo inabarcable y que se aleja del objetivo de la tesis.

⁵¹⁹ CUADRADO PÉREZ, Carlos, "La formación del contrato en la Propuesta de modernización del Código civil" en PARRA LUCÁN, M^a Ángeles (dir.), *Negociación y perfección de los contratos*, ed. Thomson Reuters - Aranzadi. 2014. Pamplona. Pág. 205.

⁵²⁰ Señala el autor: *"la Propuesta de Modernización, con mayor precisión, conecta la oferta con los requisitos del contrato y admite, además, de la determinación de los mismos, la determinabilidad"*. FERRANDIZ GABRIEL, José Ramón, *op. cit.* Pág. 15.

Con el auge de la *determinabilidad* parece que la tendencia actual es olvidar un poco los antiguos requisitos de exhaustividad de las ofertas contractuales, como señala CUADRADO PÉREZ⁵²¹. Sin que ese *aligeramiento* en cuanto a la concreción de la forma suponga una merma en cuanto a la seriedad y al carácter definitivo que debe existir en la que será considerada oferta, de aprobarse el PMCC.

El observado artículo 1246 PMCC establece también el carácter *recepticio* de la oferta al fijar literalmente "*dirigida a una o varias personas determinadas*", indicando en su parte segunda que "*2. La propuesta de contratar que se dirija a personas indeterminadas se considerará como simple invitación a presentar ofertas a menos que el proponente exprese lo contrario*". Se discrimina lo que hasta la fecha se conoce como *oferta al público* y rechaza su capacidad de ser consideradas verdaderas ofertas, excepto en el caso de expresa voluntad del oferente.

Coincidimos con la crítica que se hace de este segundo apartado del artículo 1246 del proyecto, por la mayoría de la doctrina. Especialmente pedagógica resulta la realizada por CUADRADO PÉREZ "*la respuesta proyectada en el segundo párrafo del artículo 1246 PMCC no se adecúa a los principios inmanentes a nuestro Derecho (...) parece poco probable que la percepción de quien tiene acceso a una oferta realizada al público no coincida con su configuración como propuesta contractual, cuando incluso la publicidad goza en nuestro ordenamiento de una acusada relevancia contractual, dado su carácter integrador del contenido de los contratos*"⁵²².

Otro de los aspectos proyectados por el PMCC que supondrá un cambio, de aprobarse el proyecto en algún momento, es la redacción del artículo 1250 PMCC en especial el siguiente acotado: "*la aceptación no surtirá efecto cuando no llegue dentro del plazo fijado en la oferta; o si no hubiese fijado ninguno, dentro del que resulte razonable por las circunstancias de la negociación y las características de los medios de comunicación empleados por el oferente*". Como podemos observar, se habla de la duración de la oferta, un aspecto hasta el momento no recogido en el CC, y se hace a nuestro modo de ver de una forma correcta aun siendo poco concreta, por cuanto se establece que la oferta dure "*el plazo fijado en la oferta*" o "*un plazo razonable*", lo que

⁵²¹ "El arraigado requisito que exige que la oferta sea completa para poder ser considerada propuesta contractual ha resultado atenuado en las últimas décadas, y a tal circunstancia obedece el texto propuesto para reformar nuestro Código civil". CUADRADO PÉREZ, Carlos, *op. cit.* Pág. 207.

⁵²² CUADRADO PÉREZ, Carlos, *op. cit.* Pág. 211.

generará incertidumbre y discusión doctrinal y jurisprudencial sobre qué debe entenderse como plazo razonable, en el caso de que este PMCC pase a materializarse.

El artículo 1247 PMCC, permitirá al oferente *retirar* su oferta pero parte de la doctrina, señala lo errático de hacer un proyecto de *modernización* del libro IV del CC y no pronunciarse al respecto de la revocabilidad de la oferta. Veamos: El artículo 1247 permite que se retire la oferta siempre que la retirada de la oferta llegue al destinatario *antes o al mismo tiempo que la oferta*⁵²³. Pero el PMCC nada dice al respecto de la posibilidad del oferente de revocar la oferta, aun cuando de esa revocación pudiera surgir algún tipo de responsabilidad por daños causados al tercero. En cualquier caso, tal y como señala la doctrina consultada, es indispensable que el legislador se pronuncie sobre este aspecto⁵²⁴.

Uno de los principales aciertos a nuestro modo de ver⁵²⁵ del PMCC es el artículo 1256 PMCC⁵²⁶. El referido artículo trata sobre la sustantividad de la oferta, un aspecto olvidado no sólo por el CC, sino también por los instrumentos armonizadores⁵²⁷. Como se desprende del texto del proyecto, se pretende el mantenimiento de la eficacia de la oferta y de su aceptación, con independencia de la muerte o incapacidad sobrevenida de alguna de las partes, excepto en los casos en que de sobrevivir la oferta o la aceptación se desnaturalizaría el contrato⁵²⁸. Cabe destacar que en nuestra opinión, es un acierto el hecho de haberse parado a tratar un tema que había sido olvidado por el Código civil, sin embargo, la solución que se propone en el artículo referido es la que garantiza más

⁵²³ Ex art. 1247.2 PMCC "*Aun cuando fuere irrevocable, la oferta podrá ser retirada siempre que la retirada llegue al destinatario antes o al mismo tiempo que la oferta*".

⁵²⁴ Señala CUADRADO PÉREZ: "*con independencia de la solución que se considere más oportuna, resulta indispensable que nuestro legislador se pronuncie en relación con esta fundamental cuestión, y no es comprensible su omisión*". CUADRADO PÉREZ, Carlos, *op. cit.* Pág. 219.

⁵²⁵ Dado que en relación a la figura de la que se va a hablar sí que se cumple el *objetivo* del proyecto y actualiza la norma civil y la acerca al momento actual.

⁵²⁶ 1256 PMCC "*1. Ni la oferta ni la aceptación pierden su eficacia por la muerte o por la incapacidad sobrevenida de una de las partes ni tampoco por la extinción de las facultades representativas de quien las hizo. 2. Se exceptúan los casos en que resulte lo contrario de la naturaleza del negocio jurídico o de otras circunstancias.*"

⁵²⁷ Así, señala FERRANDIZ "*Tampoco la CISG y el DCFR contienen reglas específicas sobre la sustantividad de las declaraciones de voluntad recepticias ante ciertas circunstancias que pueden afectar a quien las hubiera emitido*" en FERRANDIZ GABRIEL, José Ramón, *op. cit.* Pág. 15. Las siglas CISG se corresponden con la "Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercancías" (en inglés "*Contracts for the International Sale of Goods*").

⁵²⁸ Como es el caso de los contratos personalísimos, como los que nos ocupan dado que no puede recaer en los herederos del profesional médico estético la realización de los actos médicos ofrecidos, tras la muerte o incapacidad sobrevenida del mismo.

la pervivencia de la oferta y de la aceptación, incluso llegando hasta extremos que a nuestros teóricos más ilustres no les acaba de convencer, pues como señala CUADRADO PÉREZ "*el legislador parece decidido a dotar de autonomía y existencia propia a las declaraciones negociales*"⁵²⁹.

Siguiendo con las novedades muy reseñables del PMCC que pueden modificar lo que se ha expuesto en lo relativo a materia contractual y que de aprobarse el proyecto tal y como se conoce hasta la fecha supondría una modificación de los aspectos expuestos como vigentes en nuestro ámbito de estudio, es relevante observar también de forma previa a la observación del propio contrato, la modificación que se propone en el marco de la aceptación de la oferta. Como vimos, el artículo 1262 del CC establece que el concurso o concurrencia de oferta y aceptación "*sobre la cosa y la causa que han de constituir el contrato*" suponen el consentimiento, como se vio, existen requisitos para que la aceptación sea válida⁵³⁰.

El artículo 1250 PMCC establece que "*Toda declaración o acto del destinatario que revele conformidad con la oferta constituirá aceptación*", esto supone la materialización o la descripción de qué va a tener que entenderse como aceptación en el momento en que el PMCC sea aprobado. Sin embargo, también señala algo más, la necesidad de que entre la oferta y la aceptación haya coincidencia en los términos, la doctrina generó la llamada *regla del espejo*, ante el silencio de los legisladores. La coincidencia en los términos es lo que otorgaba para la doctrina la validez a la aceptación emitida. Dicho de un modo más sencillo, para los defensores de la *regla del espejo* la aceptación debía ser completamente coincidente con la oferta, si se realizaba una declaración de voluntad que añadía o modificaba algún aspecto a la oferta, en realidad no se estaba aceptando sino contraofertando.

El CC y las normas civiles vigentes no han tratado esta materia, pero el PMCC establece en su artículo 1251.1 que "*La respuesta a una oferta que contenga adiciones, limitaciones o modificaciones de ésta, se considerará como rechazo de la oferta y constituirá contraoferta*", aunque el propio artículo 1251 matiza lo expuesto, tras cristalizar la *regla del espejo* como hemos observado. Y es que, resulta evidente que en

⁵²⁹ CUADRADO PÉREZ, Carlos, *op. cit.* Pág. 230.

⁵³⁰ El principal, es el establecido en el 2º apartado del artículo 1262 CC "*Hallándose en lugares distintos el que hizo la oferta y el que la aceptó, hay consentimiento desde que el oferente conoce la aceptación o desde que, habiéndola remitido el aceptante, no pueda ignorarla sin faltar a la buena fe. (...)*".

pro de la supervivencia de los negocios jurídicos, y en favor de la contratación, la regla del espejo no podía ser introducida en la normativa civil sin limitaciones, pues *"la tendencia moderna amplía y flexibiliza este escenario, y permite considerar que hay contrato, pese a que las declaraciones de voluntad de las partes realmente difieran, siempre y cuando exista acuerdo sobre los elementos esenciales del mismo"*⁵³¹.

El apartado segundo del artículo 1251 PMCC es el que se encarga de hacer salvedades a la regla general. Dice literalmente el segundo apartado del artículo 1251 PMCC:

"2. No obstante, la respuesta que contenga adiciones o modificaciones que no alteren significativamente los términos de la oferta constituirá aceptación, salvo que el oferente hubiera exigido expresamente una aceptación pura y simple o manifieste sin demora su disconformidad".

Sorprende no haber encontrado doctrina que critique lo que sucede en los dos apartados del artículo 1251 PMCC, obviamente se fija una regla general y su excepción principal en los apartados 1º y 2º, respectivamente, lo sorprendente es que la excepción es tan poco concreta, que será de mayor aplicación que la regla general, motivo por el cual, quizá hubiera sido más preciso indicar que *no es necesaria una identidad en los términos de la oferta y la aceptación*, siempre que de las dos manifestaciones se desprendiera la voluntad de contratar y posteriormente concretar los detalles en los que existiera discrepancia. El profesor CUADRADO PÉREZ entiende que el aceptante no debería poder modificar la oferta con tal facilidad y, por ende, pese a ser partidario de la flexibilización de la *regla del espejo*, es partidario a su vez de entender que las modificaciones de la oferta *no suponen* aceptación, sino contraoferta pues establece *"dentro del sistema de contratación civil, quien ofrece algo es el proponente; así pues, quien introduce las modificaciones en la propuesta, en realidad, efectúa una contraoferta y, como consecuencia de ello, se cambian los roles de las partes en la fase previa a la contratación"*⁵³².

En nuestro caso de estudio, un ejemplo de situación en la que se acudiría a la regla general sería, el caso en que tras recibir la oferta contractual de la cliente que pretende realizarse una reducción de aproximadamente la mitad del tamaño de su pecho, el profesional *contraoferta* (art. 1251.1 PMCC), proponiendo una extracción casi total

⁵³¹ CUADRADO PÉREZ, Carlos, *op. cit.* Pág. 234.

⁵³² CUADRADO PÉREZ, Carlos, *op. cit.* Pág. 240.

del volumen natural del pecho y la implantación de unas prótesis mamarias de un tamaño aproximado al que quería la cliente en su idea originaria, pues las prótesis tienen unas características que hacen que el resultado de la intervención sea más estable y se vea menos afectado por el cambio natural de la fisonomía de la cliente. Y por el contrario, podemos imaginar que, siguiendo la excepción del artículo 1251.2 PMCC, podría ser aceptación, en ese mismo ejemplo, si el profesional aceptara extraer la mitad del tamaño natural del pecho de la clienta oferente y, simplemente puntualizara que adicionalmente sería conveniente realizar intervenciones tendentes a la elevación mamaria, que podrían llevarse a cabo en el mismo acto de reducción de pecho. En este segundo ejemplo, observamos como el objeto principal de la oferta es aceptado (reducir a la mitad el tamaño natural del pecho) y simplemente se adiciona algo que, aunque de facto modificará la intervención, el PMCC considera que no constituye contraoferta.

Al respecto de la causa hay que recordar, como se señaló, que nuestro ordenamiento siempre ha sido tradicionalmente *causal* y la Propuesta de Modernización a la que estamos haciendo referencia ha considerado oportuno mantener la causa como elemento esencial del contrato, aún cuando en los ordenamientos vecinos - y no solo en el *common law* - cada vez tiene menos relevancia. Hay un sector de la doctrina, encabezado por FERRANDIZ⁵³³ que consideran todo un acierto mantener esta tradición. En nuestra opinión, el éxito estriba en corregir, como se ha hecho, los artículos que hacen referencia a la causa de forma que sean más ajustados al tráfico jurídico actual, manteniendo el carácter causal de los contratos, pues de otro modo sería más complejo justificar la contratación entre particulares.

Señala FERRANDIZ "*lo que las normas referidas [PMCC y CISG] no contemplan es que los actos concluyentes, a los que consideran instrumentos aptos para la exteriorización de una aceptación o asentimiento, constituyan medio para la expresión de una oferta. Ello es consecuencia de que tal tipo de declaración negocial ha de ser suficientemente precisa para merecer la calificación de propuesta de contrato*"⁵³⁴, así cabe que se acepte de forma expresa, tácita o con el inicio de la

⁵³³ FERRANDIZ GABRIEL, José Ramón, *op. cit.* Pág. 6.

⁵³⁴ FERRANDIZ GABRIEL, José Ramón, *op. cit.* Pág. 9

ejecución, pero la norma proyectada sigue siendo garantista en cuanto a la concreción de las ofertas contractuales⁵³⁵.

En nuestra opinión, coincidente con la de DE BARRÓN ARNICHEs⁵³⁶ - entre otros -, resulta bastante exasperante que el PMCC no haya considerado oportuno actualizar el arcaico régimen de los *contratos de arrendamiento de obra y arrendamiento de servicios*, pues la normativa del Código Civil en esta materia se encuentra absolutamente desfasada y consideramos que hubiera sido una gran oportunidad para actualizar esos contratos al siglo XXI y conseguir atajar una *fuga* hacía la atipicidad contractual.

En definitiva, se pierde en el PMCC la oportunidad de zanjar un conflicto doctrinal que ha creado la prosaica y arcaica regulación sobre "*el contrato de arrendamiento*" del CC. Resulta curioso que no se hayan valorado opciones como las que observaremos al analizar los ordenamientos jurídicos de nuestros vecinos⁵³⁷.

3. Estudio de las obligaciones que surgen del contrato de actos médicos de satisfacción con finalidad estética. Cuestiones pacíficas

Nos ha parecido necesario, exponer las principales obligaciones que generan los contratos de actos médicos de satisfacción, ahora que ya están contextualizados y se han reseñado los aspectos fundamentales de los mismos⁵³⁸. Sin embargo, hablar de las obligaciones que de ellos se derivan no es sencillo, pues existe discrepancia de pareceres en la doctrina al respecto de si estamos ante un contrato de arrendamiento de

⁵³⁵ Siguiendo la regla no escrita, pero que se infiere de todos los *instrumentos normativos y normativizantes* consultados de que si se facilita la aceptación de los contratos y se prevén formas de contratar distintas de la tradicional oferta, aceptación y declaraciones de voluntad - consentimiento - no puede, por motivos de seguridad, aligerarse los requisitos de la oferta, también como método de protección a la parte débil del contrato.

⁵³⁶ DE BARRÓN ARNICHEs, Paloma, "El contrato de servicios y la propuesta de modernización del Código Civil Español" en *Boletín del Ministerio de Justicia*. Núm. 2134. Año LXV. Setiembre 2011.

⁵³⁷ Nos referimos esencialmente a la figura del "*contratto d'appalto*" que se configuró en Italia cuando se promulgó el nuevo "*Codice Civile*" en el año 1942. *Vid.* Apartado 6 del presente Capítulo.

⁵³⁸ Este orden de exposición del capítulo, en el que primero se caracteriza el contrato y, posteriormente, las obligaciones que del mismo se derivan, está obviamente influenciado por la obra de DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN y GULLÓN BALLESTEROS. Autores que también caracterizan las obligaciones en segundo lugar. A nuestro parecer, este esquema es el ideal para cuando se estudia un tipo de contrato en concreto. Además también respeta la idea señalada y extraída del artículo 1089 CC, que señala que el contrato es una de las fuentes de las que emanan obligaciones.

servicios y del mismo se deriva una obligación de medios por parte del deudor - el profesional médico o la clínica -, o bien, si estamos ante un contrato de arrendamiento de obra y, en su virtud, se deriva una obligación de resultados, con además multitud de propuestas más o menos tendentes a la eliminación de esas distinciones, o a la aproximación de los pareceres.

Por ello en este apartado tercero hemos decidido recoger las obligaciones que se derivan de los contratos de actos médicos de satisfacción con finalidad estética donde entendemos que no existe controversia o, de haberla, es mínima.

Vamos a analizar las obligaciones que entiende la mayoría de la doctrina que emanan de los actos médicos de satisfacción con finalidad estética pero no se abordará, en este punto, el estudio del conflicto doctrinal y jurisprudencial al respecto de si estamos ante una obligación de medios o ante una obligación de resultados, pues consideramos que esa discusión tiene entidad suficiente como para ser abordada separadamente.

a) Obligación de hacer y la obligación de dar. Las obligaciones recíprocas

En los actos médicos de satisfacción el contrato celebrado entre profesional - o clínica estética - y particular encierra (o encerrará en la práctica totalidad de ocasiones) dos obligaciones recíprocas: una obligación de dar y una obligación de hacer.

El profesional sanitario o el centro médico que celebra un contrato para la realización de una intervención médico-privada con finalidad estética queda obligado a hacer una cosa (prestar un servicio), por lo que pasa a ser deudor del acto médico contratado. Vinculado a la obligación de hacer surge de nuevo el debate sobre hasta cuánto queda obligado un profesional de medicina de satisfacción cuando debe hacer lo contratado, es decir, vuelve a señalarse si el hacer se cumplirá con la pura actividad o si se cumplirá solo cuando se haya alcanzado un determinado resultado. Desarrollaremos las doctrinas al respecto en su apartado correspondiente.

Además de la obligación de hacer de la que el deudor es el profesional médico y el acreedor es el solicitante de los actos médicos de satisfacción, consideramos que, al

estar ante un contrato bilateral o sinalagmático⁵³⁹, también surge una segunda obligación, en este caso de dar, en la que el acreedor es el profesional médico y el deudor es el cliente del mismo.

La obligación de dar del cliente, consistirá, por regla general, en una obligación pecuniaria, es decir, que la prestación consistirá en la entrega de dinero al profesional médico, a cambio de la obligación de hacer que tiene este. Aunque nada obsta para que las partes acuerden otro tipo de obligación en favor del profesional médico, o que el mismo incluso se comprometa a hacer - a llevar a cabo su intervención - sin que el beneficiario del acto médico de satisfacción se obligue a nada a cambio. Como podría ser el caso de las intervenciones solidarias que algunas Organizaciones No-Gubernamentales realizan a personas que las requieren o que no pueden tener acceso a ellas. Sin embargo, hasta el momento las intervenciones solidarias se han centrado en la medicina asistencial⁵⁴⁰, incluso cuando son intervenciones de cirugía plástica, como las reparaciones o reconstrucciones de las víctimas de quemaduras por ácido. También podríamos pensar en alguna intervención que el profesional médico realizase a una persona popular a cambio de publicidad y reconocimiento de su obra, aunque eso nos lleva de vuelta a una relación plenamente comercial, pues la actuación no se realizaría desinteresadamente, sino que se realizaría a cambio de algo, en este caso, de hacer publicidad positiva del profesional.

Por lo general, la obligación fundamental del contrato es la obligación de hacer, que se traducirá en la intervención médica deseada, mientras que la obligación de dar será la forma en la que el acreedor del acto médico pague por la intervención. En estas obligaciones recíprocas "*las partes tienen frente a la otra un derecho de crédito y un deber de prestación de carácter correlativo*"⁵⁴¹. Además, se considera que estas obligaciones deben cumplirse simultáneamente, por cuanto están estrechamente vinculadas, pero la práctica cotidiana se ha configurado como una excepción, y aunque estemos ante deberes enlazados, el tráfico jurídico habitual o la negociación contractual de las partes supone una excepción a esta simultaneidad.

⁵³⁹ *vid.* Apartado 1.1.c) del presente capítulo.

⁵⁴⁰ En un artículo de la Agencia EFE (versión digital) de 16 de julio de 2015 se explica que la Fundación Barraquer viajó a Angola para realizar 500 intervenciones de cataratas en cinco días. Puede leerse el artículo en el link: <http://www.efesalud.com/noticias/una-expedicion-de-oftalmologos-para-curar-500-cataratas-en-angola/> Consultado el día 28 de mayo de 2016.

⁵⁴¹ DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis y GULLÓN BALLESTEROS, Antonio, *op. cit.* Pág. 145.

En el caso concreto de los actos médicos de satisfacción con finalidad estética, además, la simultaneidad es prácticamente imposible, pues si una de las partes se obliga a realizar una intervención médica - por muy sencilla que sea - no será demasiado factible que la obligada a pagar un precio por ella lo haga durante el cumplimiento del médico, sino que se pagará antes o después - o un poco antes y otro poco después - de que el profesional realice su intervención.

b) Obligación transitoria

Según ALBALADEJO, son obligaciones transitorias "*o de tracto único aquellas obligaciones en las que la prestación se agota en sólo un acto o en varios aislados*"⁵⁴². Estas obligaciones se contraponen a las de tracto continuo (obligaciones duraderas) donde la conducta solicitada es permanente.

Los actos médicos que se contratan en nuestro caso de estudio, constituyen una obligación transitoria, si bien, puede que sean necesarias varias actuaciones para cumplir plenamente con la obligación. Es decir, aún cuando se contrata una intervención para la que será necesario realizar más de un acto, estaremos frente a una obligación transitoria, pues no nace con el objetivo de perdurar en el tiempo, sino de llevarse a cabo y extinguirse. Por ejemplo una corrección de nariz o una intervención de reducción de busto generan una obligación de tracto único, incluso aunque haya que realizarla en más de una sesión, para lograr el grado exacto de corrección.

El estudio del tiempo en la obligación también es relevante. En los actos médicos de satisfacción, es habitual que en el momento de celebrarse el contrato se conozca el día en que el acto médico contratado va a ser realizado pero, si no fuera posible que estuviera determinado exactamente, sería determinable, por ejemplo si se requiere reserva de quirófano y el médico solicita al acreedor que se mantenga a la espera de confirmación de fecha, o cuando es preciso llevar a cabo algunas pruebas médicas previas a la intervención contratada y, aunque el contrato esté ya celebrado, el día o los días exactos de intervención solo podrán ser fijados tras conocerse el resultado de las referidas pruebas.

⁵⁴² ALBALADEJO GARCIA, Manuel, *op. cit.* Pág. 39

c) Obligaciones de seguridad

Al hablar de consentimiento informado, en el capítulo II, ya se anticipó el concepto de obligaciones de seguridad, que deriva de la literalidad del artículo 1258 CC, que señala que los contratos obligan:

"no solo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley".

Las obligaciones de seguridad se encuentran definidas en la obra de YZQUIERDO TOLSADA del año 2001⁵⁴³, pero también se refiere a ellas, indirectamente, LACRUZ BERDEJO cuando al realizar la panorámica sobre la idea del contrato señala que el mismo es *"el resultado de una interacción entre la voluntad privada presuntamente egoísta, y la ley, que cuida de los intereses comunes"*⁵⁴⁴.

Gracias a las obligaciones de seguridad, las partes quedan obligadas a más de lo que hayan pactado expresamente, pues deben observar aquellas circunstancias que resulten de la buena fe, las costumbres y las normas imperativas aplicables al contrato.

La principal obligación de seguridad es actuar de conformidad a la buena fe antes, durante y después de la celebración del contrato, lo que lleva a que las partes se informen correctamente, se respeten y no se causen daños de forma intencionada. También iría en contra de la buena fe celebrar el contrato en perjuicio de terceros. No obstante, en el caso concreto de las actuaciones de medicina estética existen muy pocas posibilidades de que podamos entender que se celebren las intervenciones con este motivo.

Sin olvidar que, en los actos médicos de satisfacción con finalidad estética, y en todas las actuaciones médicas, como vimos al estudiar la Ley 41/2002 de autonomía de la voluntad de los pacientes, las obligaciones de seguridad más relevantes son las relativas a la información y a la obtención del preceptivo consentimiento informado. Y viendo que el mismo puede ser revocado en cualquier momento por el paciente, o *paciente-cliente*, parece que otra obligación de seguridad debería alcanzar, además, a la

⁵⁴³ YZQUIERDO TOLSADA, Mariano, *Sistema de Responsabilidad Civil, Contractual y Extracontractual*. Ed. Dykinson. 2001. Madrid. Pág. 96

⁵⁴⁴ LACRUZ BERDEJO, José Luis, *op. cit.* Pág. 337.

obligación de mantenerlo en vigor hasta la completa finalización de las prestaciones contratadas.

d) La obligación de guardar secreto como obligación de corrección o protección

Otra de las obligaciones que recae en el profesional y que encontramos vinculada a los contratos de actos médicos de satisfacción son las obligaciones de secreto profesional que, además de en la Ley 41/2002⁵⁴⁵, también se regula en la Ley Orgánica 15/1999, de Protección de Datos de Carácter Personal⁵⁴⁶, que incluye los datos relativos a la salud dentro de los especialmente protegidos (art. 7.3) y señala la necesidad de que éstos sean tratados por un profesional sanitario "*sujeto al secreto profesional o por otra persona sujeta asimismo a una obligación equivalente de secreto*" (art. 7.6). E incluso, como señala SÁNCHEZ GÓMEZ, es una manifestación del Derecho Fundamental a la intimidad de la persona, recogido en el artículo 18.1º y 4º de la Constitución Española⁵⁴⁷.

La autora considera que es más que evidente la vinculación entre el derecho fundamental a la intimidad y la obligación médica de guardar secreto "*habida cuenta de que dentro del concepto de intimidad se incluye aquello que afecta a la salud de una persona*"⁵⁴⁸.

La obligación de secreto profesional también está prevista en la Ley Orgánica 1/1982, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen⁵⁴⁹, y no es que diga que los profesionales médicos están sometidos al secreto profesional, sino que establece que se considerará intromisión ilegítima "*la*

⁵⁴⁵ Cuyo artículo 16.3 *in fine*, en sede de historia clínica y documentación sobre la salud del paciente, establece: "(...) Cuando ello sea necesario para la prevención de un riesgo o peligro grave para la salud de la población, las Administraciones sanitarias a las que se refiere la Ley 33/2011, General de Salud Pública, podrán acceder a los datos identificativos de los pacientes por razones epidemiológicas o de protección de la salud pública. el acceso habrá de realizarse, en todo caso, por un profesional sanitario sujeto al secreto profesional o por otra persona sujeta, asimismo, a una obligación equivalente de secreto, previa motivación por parte de la Administración que solicitase el acceso a los datos".

⁵⁴⁶ Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal. Publicada en el BOE núm. 298, de 14 de diciembre de 1999 (versión consolidada de marzo de 2011).

⁵⁴⁷ SÁNCHEZ GÓMEZ, Amelia, *Contrato de servicios médicos... op. cit.* Pág. 161.

⁵⁴⁸ *Cit. Supra.* Pág. 161.

⁵⁴⁹ Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen. Publicada en el BOE núm. 115, de 14 de mayo de 1982 (versión consolidada de junio de 2010).

revelación de datos privados de una persona o familia conocidos a través de la actividad profesional u oficial de quien los revela" (art. 7.4).

En virtud del deber de guardar secreto, los profesionales no pueden hacer públicos los datos de salud de sus pacientes, ni tampoco aquellas informaciones íntimas que hayan recibido de los mismos, fruto de la relación de confianza que existe en este tipo de contratos. El médico tiene deber de secreto porque, como señala SÁNCHEZ GÓMEZ, conoce esos datos por la necesidad que tiene el paciente, de que el profesional que debe tratarle conozca ciertas circunstancias sobre él. La autora le otorga un valor fundamental a la necesidad existente y en la que se origina el intercambio de información entre el paciente y el médico, en el que el último pasa a conocer datos de la esfera íntima del primero⁵⁵⁰.

El segundo de los elementos que la autora considera fundamental para que surja el deber de que el profesional guarde secreto es la confianza. Estamos absolutamente de acuerdo en que entre el profesional y su paciente o cliente existe una enorme relación de confianza, motivo por el que, además de haberse conocido los detalles de la intimidad porque para poder actuar correctamente era necesario, también son detalles que se han facilitado o transmitido en una esfera de confianza⁵⁵¹. Y finalmente, la autora también señala que en el ámbito de la salud, existe un frecuente intercambio de confidencias entre profesional y paciente.

Además de todo lo anterior, es a nuestro parecer evidente, que la obligación de guardar secreto y respetar la intimidad del paciente podría tener cabida en las anteriormente analizadas *obligaciones de seguridad*, pues como señala SÁNCHEZ GÓMEZ, procede de la buena fe, y de la corrección y, además, al derivar de la buena fe opera dentro de nuestro ámbito de estudio "*aunque las partes no la estipulen*"⁵⁵². Por este motivo la consagramos entre las analizadas en el apartado anterior, y las próximas.

El deber de guardar secreto es un deber autónomo, independiente de la obligación principal de realizar el acto médico, pero ciertamente derivado de la

⁵⁵⁰ SÁNCHEZ GÓMEZ, Amelia, *op. cit.* Pág. 163.

⁵⁵¹ Señala SÁNCHEZ GÓMEZ: "*el facultativo estará obligado a guardar confidencialmente los datos a los que ha tenido acceso, no sólo porque ha de preservarse la esfera privada de su paciente, sino también porque la confianza así lo exige*". SÁNCHEZ GÓMEZ, Amelia, *op. cit.* Pág. 165.

⁵⁵² *Cit. Supra.* Pág. 167.

existencia de ese contrato, pues sin el mismo, el profesional no conocería las informaciones e intimidades que ahora debe mantener bajo secreto.

Y como enlace entre este apartado y el siguiente, la obligación de secreto profesional, que consideramos obligación de seguridad y que existe pese a no estar expresamente prevista en los contratos de actos médicos de satisfacción con finalidad estética, se encuentra también previsto en las normas éticas de los profesionales médicos, que opera siempre, porque está vinculada a la corrección de la actuación del profesional y a la buena fe que opera en todos los contratos.

e) Obligaciones derivadas de la deontología de los profesionales médicos

Siguiendo, en parte, el esquema de las obligaciones de seguridad, y derivadas de la corrección o protección, podemos establecer una serie de *obligaciones* que recaen sobre el profesional médico. Se trata de normas deontológicas de su profesión, normas que no son jurídicas⁵⁵³, sino éticas y corporativas y que se encuentran recogidas en el *Código de Deontología Médica*⁵⁵⁴.

En la versión más reciente del mismo, del año 2011, se reconocen todas las normas que los profesionales médicos deben respetar, más que para el respeto de sus pacientes y clientes, para el propio respeto y para el buen nombre de su profesión. Además, como señala el artículo 2.2, incumplir con algunas de las normas del Código supone incurrir en falta disciplinaria de los Estatutos Generales de la OMC y puede acarrear sanciones.

Las obligaciones derivadas de la deontología son de distintos tipos. Las obligaciones deontológicas genéricas son:

"respetar la vida humana, la dignidad de la persona y el cuidado de la salud del individuo y de la comunidad (art. 5.1); no discriminar a los pacientes (art. 5.2.); no negar asistencia por temor a riesgo personal (art. 5.3.); jamás perjudicar intencionadamente al paciente y actuar con prudencia y competencia (art. 5.4.); prestar

⁵⁵³ Aunque su incumplimiento puede provocar consecuencias para el profesional.

⁵⁵⁴ Que se publica en España por la Organización Médica Colegial (OMC) que forma parte del Consejo General de Colegios Oficiales de Médicos (CGCOM). *Vid.* Código de Deontología Médica - Guía de Ética Médica. Versión 2011. Publicada por el Consejo General de Colegios Oficiales de Médicos. Enlace a la versión digital del texto en: https://www.cgcom.es/sites/default/files/codigo_deontologia_medica.pdf

siempre ayuda de urgencia al enfermo o accidentado (art. 6.1.); no abandonar a pacientes que requieran cuidados, salvo obligación por parte de las autoridades competentes y ser voluntario en las tareas de auxilio sanitario (6.2.); pese al derecho de huelga, no se quedará exento de las obligaciones profesionales hacia sus pacientes (art. 6.3); el médico, principal agente de la preservación de la salud, debe velar por la calidad y la eficiencia de su práctica (art. 7.2.); la formación médica continuada es un deber ético, un derecho y una responsabilidad de todos los médicos a lo largo de su vida profesional (art. 7.3.); el médico ha de ser consciente de sus deberes profesionales para con la comunidad (art. 7.4.); los médicos han de velar por la calidad, suficiencia asistencial y mantenimiento de los principios éticos en el sistema sanitario (7.5)".

Las obligaciones deontológicas recogidas como propias de la relación entre el médico y sus pacientes son:

"cuidar su actitud, lenguaje, formas, imagen y, en general, su conducta para favorecer la plena confianza del paciente (art. 8.1.); respeto al derecho del paciente a elegir o a cambiar de médico o de centro sanitario (art. 8.2.); respetar las convicciones de los pacientes y abstenerse de imponer las propias (art. 9.1.); respetar la intimidad de su paciente (art. 9.2.); dar a conocer al paciente o a sus allegados la identidad del médico responsable de su proceso asistencial (art. 10); solo podrá suspender la asistencia a sus pacientes si llega al convencimiento de que no existe la necesaria confianza hacia él (art. 11); respetar el derecho del paciente a decidir libremente, después de recibir la información adecuada, sobre las opciones clínicas disponibles (art. 12.1.); respetar el rechazo del paciente, total o parcial, a una prueba diagnóstica o a un tratamiento (art. 12.2.); si el paciente exige un procedimiento al médico que éste, por razones científicas o éticas, juzgase inadecuado o inaceptable, el médico, tras informarle debidamente, quedará dispensado de actuar (12.3.)".

Además de otras más que, para evitar ser demasiado exhaustivos, y viendo que se alejan un poco del objetivo del presente apartado, damos por expuestas dejando referida la norma deontológica de la que emanan.

Como ya hemos dejado entrever, las obligaciones que se derivan del Código Deontológico de la profesión médica pueden considerarse como una faceta más de las obligaciones de seguridad (o derivadas de la buena fe y la corrección) en relación con la obligación principal del contrato, en nuestro caso: el acto médico de satisfacción con finalidad estética que es objeto de contrato.

Como señaló BUSTO LAGO, las normas deontológicas no son deberes morales carentes de consecuencias, sino que son de obligado cumplimiento por los

colegiados⁵⁵⁵. Lo que significa que los colegiados tendrán interés en cumplirlas, no solo por favorecer a su paciente o cliente concreto, sino por no perjudicarse a ellos mismos, de cara a posibles sanciones de régimen disciplinario.

f) El pago de la actuación como obligación del acreedor de los actos médicos de satisfacción con finalidad estética

Para que se extinga la obligación que el interesado en la intervención generalmente tiene para con el médico o centro o clínica médica, es necesario realizar el pago de la actuación, o llevar a cabo la conducta que se pactó como contraprestación a la obligación del profesional⁵⁵⁶. Como estamos frente a una relación sinalagmática, las obligaciones del médico, analizadas previamente, se cumplirán con la efectiva realización de la actividad médica contratada⁵⁵⁷ y en ese punto será el *paciente-cliente* el que deberá cumplir su obligación.

Hasta el momento hemos visto las obligaciones más propias de los profesionales en los actos médicos de satisfacción con finalidad estética, pero ahora resulta necesario pararse a observar las obligaciones a las que, fruto de la bilateralidad obligacional del contrato, está sujeto el beneficiario del acto médico de satisfacción. Es decir, observar como cumple con sus obligaciones el cliente de los mismos.

El cliente del acto médico de satisfacción (salvo cuando el mismo esté contratado como mera liberalidad con la que el profesional obsequia a un sujeto⁵⁵⁸),

⁵⁵⁵ Señala el autor: "*Las normas de deontología profesional, aprobadas por los Colegios Profesionales o por sus respectivos Consejos Superiores u órganos equivalentes, no constituyen simples tratados o deberes morales carentes de consecuencias, sino que determinan obligaciones de necesario cumplimiento por los colegiados, con relevancia en el ámbito disciplinario*". BUSTO LAGO, José Manuel, "15. Contratos de prestación de servicios y realización de obras" en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo, *Tratado de Contratos*. Ed. Tirant lo Blanch - Tratados. Tomo III. 2ª Edición. 2013. Valencia. Pág. 3343.

⁵⁵⁶ Señalaba ALBALADEJO: "*el fin natural a que tiende toda obligación es a proporcionar al acreedor la satisfacción de su interés mediante el cumplimiento de aquélla o ejecución de la prestación debida, y, en su defecto, la indemnización de los perjuicios que el incumplimiento le reporte*". ALBALADEJO GARCÍA, Manuel, *op. cit.* Pág. 127.

⁵⁵⁷ Salvo en casos de cumplimiento imperfecto o defectuoso, como se observará en el capítulo cuarto de la presente investigación.

⁵⁵⁸ Es decir, salvo en los casos en que la obligación sea unilateral del profesional en beneficio del paciente y sin contraprestación.

estará generalmente obligado al pago de una cantidad⁵⁵⁹, como método de cumplimiento de su prestación debida. Mientras no se satisface la obligación por parte del cliente, el profesional médico tiene un derecho de crédito. Se considera a este crédito como un derecho dinámico pues, como señala LACRUZ BERDEJO, nace con el objetivo de realizarse y desaparecer al satisfacer al interesado⁵⁶⁰.

El artículo 1156 CC señala que las obligaciones se extinguen "*por el pago o el cumplimiento. (...)*" y el artículo 1157 CC señala que "*no se entenderá pagada una deuda sino cuando completamente se hubiese entregado la cosa o hecho la prestación en que la obligación consistía*". Estos dos artículos, bien entendidos y llevados a nuestro ámbito de estudio significan que el médico *paga* cuando realiza el acto al que estaba obligado - y lo hace completamente, como dice el art. 1157 CC - y el cliente *paga* cuando satisface el precio que se fijó contractualmente a la intervención.

El precio que debe pagar el cliente para que se extinga su deuda es exactamente el total al que se obligó contractualmente y no menos - otra vez en atención al art. 1157 CC -, motivo por el que obviamente mientras no se pague todo el importe señalado, no se quedará liberado de la deuda.

Llegados a este punto la doctrina coincide en señalar que el acreedor de una deuda no puede negarse a aceptar el pago, pues *el acreedor debe procurar la liberalización del deudor*⁵⁶¹. El deudor debe pagar y el acreedor tiene derecho a ser pagado, pero se discute la obligación que el mismo tiene a aceptar el pago. El pago requiere de *la voluntad del deudor* de efectivamente realizarlo⁵⁶², pero existe discusión al respecto de la voluntad del acreedor.

Siguiendo con las explicaciones de DÍEZ-PICAZO Y GULLÓN existe doctrina que considera que es necesario que exista acuerdo para que la prestación tenga validez como pago⁵⁶³. Uno de los autores que considera que el acreedor puede rechazar

⁵⁵⁹ Aunque las partes pueden pactar una obligación distinta que satisfaga al prestador de servicios médicos.

⁵⁶⁰ Señala el autor: "*nacen con vocación a realizarse y morir, se crean para su realización, y, así su desaparición - la satisfacción del interés del acreedor - se logra a través del cumplimiento de la obligación, que comporta normalmente su extinción*". LACRUZ BERDEJO, José Luis, *op. cit.* Pág. 125.

⁵⁶¹ DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis y GULLÓN BALLESTEROS, Antonio, *op. cit.* Pág. 165.

⁵⁶² *cit. supra.* Pág. 165.

⁵⁶³ *cit supra.* Pág. 165. (Señalan los autores: "*algunos han entendido que es necesario un acuerdo entre el deudor y el acreedor para que la prestación que se haga tenga los efectos de pago*").

libremente el pago es ALBALADEJO, que considera que si al acreedor, por las circunstancias que sea, ya no le interesa el pago o incluso le perjudica recibirlo, podrá no aceptarlo⁵⁶⁴.

Consideramos que las argumentaciones de ALBALADEJO, están basadas en parte en la interpretación de los artículos 1166 CC "*el deudor de una cosa no puede obligar a su acreedor a que reciba otra diferente, aun cuando fuere de igual o mayor valor que la debida*" y 1169 CC que señala que "*a menos que el contrato expresamente lo autorice, no podrá compelerse al acreedor a recibir parcialmente las prestaciones en que consista la obligación*". Además, el propio autor señala también la existencia de jurisprudencia antigua del TS en la que puede justificarse su argumentación.

Una de las sentencias que pueden justificar el pensamiento de ALBALADEJO al respecto de la no obligatoriedad de aceptar el pago por parte del acreedor, y que parece referida en la obra de LACRUZ BERDEJO, es la Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de noviembre de 1944⁵⁶⁵ en esta sentencia se establece que ante una obligación de dar o entregar, el pago no queda satisfecho por la mera actuación del obligado, sino que requiere el consentimiento o la aceptación de la persona que deba recibir ese pago⁵⁶⁶.

Sin embargo, la citada por ALBALADEJO es la Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de diciembre de 1954⁵⁶⁷, que en sede de arrendamiento, y tras haber

⁵⁶⁴ Dice literalmente el autor: "*puede darse el caso de que el acreedor, por las circunstancias que sean, ya no le interese, y hasta le sea perjudicial recibir el pago; y en estos casos, si se encontrase en el deber de tomarlo, habría de pechar con el desinterés o soportar el perjuicio que el tener que recibir el pago le acarree*". ALBALADEJO GARCÍA, Manuel, *op. cit.* Pág. 129.

⁵⁶⁵ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 18 de noviembre de 1944. Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi. Año 1944 - Tomo XI. RJ 1266. Págs. 717 y 718.

⁵⁶⁶ Señala literalmente la STS "*cuando, como en el caso de estos autos, se trate de una obligación de dar o entregar, el pago no queda cumplido por la simple actuación del obligado y requiere el consentimiento o aceptación de quien, con arreglo a lo convenido, haya de recibir la prestación, según lo aseveran los siguientes argumentos: a) que el artículo 1.176 del propio Código Civil, al establecer la consignación como medio sustitutivo del pago, exige como requisitos de la misma que el acreedor se haya negado previamente sin razón a admitir el pago, lo que demuestra que puede rechazarlo con razón y que su aceptación es precisa... (...); b) que el artículo 1.163 niega validez, salvo determinados casos, al pago hecho por una persona incapacitada para administrar sus bienes, y si para producir dicho pago todos sus efectos se requiere la capacidad del acreedor, ello indica que éste debe encontrarse en el uso de sus facultades mentales para saber si le conviene recibir lo debido o sea para consentir (...); d) que los artículos 1.166 y 1.169 reconocen en cierto modo ser precisa la anuencia del que debe cobrar, cuando se paga cosa distinta de la pactada o se hace el abono parcialmente...*". (El subrayado es propio).

⁵⁶⁷ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 21 de diciembre de 1954. Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi. Año 1954 - Tomo XXI. RJ 3182. Ponente D. Cayetano Oca Albarellos. Págs. 2106 - 2108.

acumulado los arrendatarios algunos retrasos en el pago de la renta e, incluso, en las consignaciones judiciales, señala:

"(...) no es posible atribuir a los actores mora <<accipiendi>>, porque la cooperación para que el deudor cumpla su obligación en ningún modo cabe sentarla en términos absolutos y desde luego menos existe en la relación arrendaticia común, pues la Ley en este particular exige rigurosamente el pago, y , percibir éste, no constituye una obligación para el arrendador, sino una facultad o derecho, ni le fuerzan a contribuir a liberar al deudor, ya que éste, utilizando los medios legales oportunos, puede eximirse de la obligación contraída"⁵⁶⁸.

También forma parte de esta corriente jurisprudencial antigua a la que se ciñe ALBALADEJO para defender la posibilidad del acreedor de rechazar el pago de la deuda, la Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de febrero de 1963⁵⁶⁹, que sigue lo expuesto por la STS de 1944 antes acotada y repite el argumento que considera que:

"(...) cuando se trate de una obligación de dar o de entregar, el pago no queda cumplido con la simple actuación del obligado y requiere el consentimiento o aceptación del quien con arreglo a lo convenido, haya de recibir la prestación".

Sin embargo, LACRUZ BERDEJO consideró que estas mismas fuentes solo nos pueden llevar a entender que *"si bien el acreedor puede rechazar un pago irregular, no puede aplazar o suspender, caprichosamente, el cumplimiento correcto, en cuanto liberatorio del deudor"*⁵⁷⁰. Coincidimos con esta afirmación, de igual forma que lo hacen otros autores como DÍEZ-PICAZO Y GULLÓN que consideran que el acreedor solo podrá controlar y comprobar que el pago es correcto⁵⁷¹.

Recapitulando, entendemos que el pago necesita ajustarse a la prestación y que, en el supuesto de que así sea, el acreedor no podrá negarse a aceptarlo. Para que el pago se ajuste a la prestación debe ser idéntico a lo pactado y también debe ser íntegro e indivisible, un triple requisito del pago, que según la doctrina que seguimos, *"solo opera como un derecho del acreedor a exigir que el pago se haga de modo que la prestación*

⁵⁶⁸ El subrayado del fragmento es propio para señalar la doctrina que recoge el autor de esta concreta sentencia.

⁵⁶⁹ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 25 de febrero de 1963. Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi. Año 1963 - Tomo XXX. RJ 1188. Ponente D. Francisco Bonet Ramón. Págs. 735 y 736.

⁵⁷⁰ LACRUZ BERDEJO, José Luis, *op. cit.* Pág. 130.

⁵⁷¹ Señalan los autores: "[el acreedor] *únicamente tiene facultades de control, en el sentido de que ha de comprobar que se ajusta a lo convenido al constituirse la obligación*". DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, Luis y GULLÓN BALLESTEROS, Antonio, *op. cit.* Pág. 165.

realizada sea idéntica a la debida y en la forma total y no divida en partes: si no fuese así, tendría derecho a rechazarla, pero también puede aceptarla"⁵⁷², coincidimos plenamente con lo expuesto.

En el caso de los actos médicos de satisfacción con finalidad estética, es bastante frecuente que los clientes de los mismos, directamente, acuerden un pago fraccionado en contrato, o se sometan a financiación en los casos de las intervenciones más costosas, que pueden superar los varios miles de euros⁵⁷³.

4. Conflicto doctrinal: El arrendamiento de obra y el arrendamiento de servicio y su implicación en las obligaciones del médico

Llegados a este apartado, nos compete centrarnos en una de las discusiones doctrinales clásicas del derecho de obligaciones y contratos, dentro del ámbito de los contratos en especial. Se trata del encuadre de las prácticas de los profesionales médico-estéticos en las categorías contractuales del Código Civil, es decir, se trata de ver si los actos médicos de satisfacción con finalidad estética pueden encuadrarse en el contrato de arrendamiento de obra, o por contra, en el contrato de arrendamiento de servicio.

El Código define los dos contratos de forma conjunta en el artículo 1544 CC que establece "*en el arrendamiento de obras o servicios, una de las partes se obliga a ejecutar una obra o a prestar a la otra un servicio por precio cierto*". De hecho, el artículo 1542 CC habla de tres posibles arrendamientos "*el arrendamiento puede ser de cosas, o de obras o servicios*". Sin embargo, posteriormente en el artículo 1543 CC se habla solo de las cosas, mientras que en el 1544 CC se definen, a la vez, como hemos visto, los arrendamientos de obra y servicio.

Señalan las profesoras ALONSO PÉREZ y ALMAGRO MARTÍN que el antecedente de nuestra regulación es el *Code* napoleónico, las autoras encuentran un cierto grado de similitud en las regulaciones de la figura en ambos cargos, pero también se identifican ciertas distinciones⁵⁷⁴.

⁵⁷² LACRUZ BERDEJO, José Luis, *op. cit.* Pág. 138.

⁵⁷³ Los contratos de financiación serán abordados en el apartado 5. del presente capítulo, titulado "*El contrato accesorio de financiación de los actos médicos de satisfacción con finalidad estética*".

⁵⁷⁴ Señalan las autoras: "*el antecedente más inmediato de la regulación de los contratos de servicios en el*

En una obra de 1993, CABANILLAS SÁNCHEZ considera que la distinción entre las obligaciones de actividad y las obligaciones de resultado, que son las que están detrás de la pugna entre el contrato de obra y el contrato de servicios, no proceden del Derecho romano, ni del Derecho común, pues hasta finales del siglo XIX no se comenzó a señalar la distinción en el alcance de las obligaciones⁵⁷⁵.

No cabe discusión a estas manifestaciones, ni a las de CABANILLAS ni a las de las profesoras ALONSO y ALMAGRO pero, además, estamos especialmente de acuerdo y consideramos oportuno remarcar la procedencia de las distinciones que existen entre los contratos de obra y los contratos de servicios. La doctrina y la jurisprudencia - y no la ley - han configurado dos regímenes distintos, observando las peculiaridades de cada uno de los dos contratos. Pero, estas distinciones son doctrinales pues la ley, en este caso el Código Civil, están verdaderamente desfasados en esta materia.

Todo el Título VI del Libro IV del CC está dedicado al *contrato de arrendamiento* pero las realidades han evolucionado mucho desde la época de promulgación del mismo y resulta absolutamente arcaico. El Capítulo Primero del Título VI del Libro IV del CC recoge entre los artículos 1542 y 1545 las Disposiciones Generales que, para el caso de los contratos de *arrendamiento de obra* y *arrendamiento de servicio*, queda simplemente en la mención del artículo 1544 CC, ya expresada anteriormente y en la prohibición que establece el 1545 CC al señalar que "*los bienes*

*código español es el <<Código civil francés>>, existiendo cierto paralelismo en la estructura de la regulación de estos tipos contractuales en sendos cuerpos normativos. Sin embargo, mientras el francés alude solo al <<louage d'ouvrage>> - cfr. Art. 1710 Code civil - el español distingue entre arrendamiento de servicios y de obra en el artículo 1544. (...). Las leves diferencias más que de estructuración de denominación, han provocado un distinto análisis de las figuras contractuales civiles (...) ya que mientras en España se establece - doctrinal y jurisprudencialmente - una neta y clara separación entre el arrendamiento de servicios y el contrato de obra, en Francia se suele aludir a un único tipo contractual al que se denomina <<contrat d'entreprise>>, sin perjuicio de que también se contemple como tipo específico el <<contrat d'ouvrage>>". Vid. ALONSO PÉREZ, María Teresa y ALMAGRO MARTÍN, Carmen, "Capítulo I. El arrendamiento de servicios" en YZQUIERDO TOLSADA, Mariano (Dir.), *Contratos. Civiles, Mercantiles, Públicos, Laborales e Internacionales, con sus implicaciones tributarias*. Tomo IV: *Contratos de Prestación de Servicios y Realización de Obras*. (I). Ed. Thomson Reuters - Aranzadi. 2014. Cizur Menor. Pág. 57.*

⁵⁷⁵ Señala el autor: "*la distinción entre obligaciones de actividad y de resultado no aparece perfilada hasta finales del siglo XIX, no siendo DEMOGUE el iniciador de la distinción, sino más bien el autor que destacó en Francia la importancia que, según él, tiene diferenciar las obligaciones de medios y de resultado para configurar la responsabilidad contractual y solucionar el problema de la carga de la prueba de la culpa*". CABANILLAS SÁNCHEZ, Antonio, *Las obligaciones de actividad y de resultado*. Ed. Bosch. 1993. Barcelona. Pág. 16.

fungibles que se consumen con el uso no pueden ser materia de este contrato". Posteriormente, el Capítulo III del mismo Título recoge las disposiciones especiales sobre los *arrendamientos de obras y servicios*, pero, las previsiones sobre arrendamiento de servicios - sección primera - se refieren a servicio doméstico y trabajadores asalariados, que actualmente es materia del derecho laboral y las previsiones sobre el arrendamiento de obra - sección segunda - se identifica, casi exclusivamente, con la edificación - usando el concepto obra como sinónimo de construcción -, por lo que tampoco nos sirve demasiado como referente si pretendemos ajustarlo a las prácticas de los profesionales médico-estéticos.

La doctrina contemporánea coincide en señalar lo desfasado que está el Código en esta materia, y se afana en realizar una actualización de las figuras, para que las mismas puedan encajar en las prácticas jurídicas actuales. Lo primero que hay que observar en este momento es que en los casos de *obras y servicios* la doctrina considera que ya podemos prescindir del término *arrendamiento* en los dos tipos contractuales, es decir, podemos hablar de *contrato de obra* y de *contrato de servicios*, para contraponerlos al arrendamiento de cosas que sí se ajusta más al concepto de arrendamiento propiamente dicho, es decir, a un contrato con una cierta continuidad donde una parte cede a la otra una cosa de su propiedad a cambio de unos pagos.

En el contrato de obra y en el contrato de servicio, tal y como los entendemos en la actualidad, el sujeto que contrata la obra o el servicio abonará el precio de los mismos tras su finalización, sin que venga a nuestro imaginario la figura del arrendador y del arrendatario, como sí sucede con el arrendamiento de cosas.

Dejando de lado el arrendamiento de cosas, que no se ajusta a las actuaciones que centran nuestro objeto de estudio, las actuaciones médicas embellecedoras que se contratan en nuestro ámbito de investigación podrían englobarse *a priori*, tanto en el contrato de obra como en el contrato de servicios, pues lo que se pacta es la realización de una actuación concreta que persigue un fin (obra), que se presta en forma de servicio (servicios) y a cambio de la misma se abona un precio cierto. Y es que tal y como señaló en su momento YZQUIERDO "*de antemano, no podemos partir de que ya se sabe ante qué tipo de obligación nos encontramos. Y es que para eso se litiga*

precisamente"⁵⁷⁶. Es decir, tal y como señala el autor, no podemos descartar *a priori* la posibilidad de que las partes se hubieran decantado por uno u otro contrato.

Son la doctrina y la jurisprudencia los que, como decíamos al principio, han desarrollado dos regímenes verdaderamente distintos, el contrato de obra y el contrato de servicios o arrendamiento de servicios⁵⁷⁷, derivados de una regulación que es escueta y arcaica y está desligada de las consecuencias que conlleva la distinción doctrinal. Ello es así por cuanto a estas figuras contractuales se les ha dotado de un elemento diferenciador primordial: el alcance de la obligación. Tal y como señaló, entre otros muchos, LOBATO GÓMEZ, la distinción en el alcance de la obligación que se ha configurado siguiendo la doctrina civilista francesa de inicios del siglo XX plantea tantos problemas teóricos y prácticos como resuelve⁵⁷⁸.

Se ha configurado un régimen, según el cual, los contratos de obra obligan al resultado, mientras que los de servicios solo obligan al deudor a desenvolver una actividad con los medios de los que disponga, señalan ASÚA y ELIZARI que *"para que podamos hablar de obligación de medios o de resultado, debe existir una previa obligación, por lo que la distinción solo es aplicable en la responsabilidad contractual"*⁵⁷⁹, es decir, que tanto si estamos ante una obligación de resultados o ante una obligación de medios estaremos frente a una relación contractual de las que

⁵⁷⁶ YZQUIERDO TOLSADA, Mariano, "La responsabilidad civil médico-sanitaria al comienzo de un nuevo siglo. Los Dogmas creíbles y los increíbles de la Jurisprudencia" en *Revista Derecho y Salud*. Vol. 9. Núm. 1. Enero-Junio 2001. Págs. 35 - 50. (La cita se extrae de las Págs. 37 - 38).

⁵⁷⁷ En estos contratos es más frecuente que se mantenga el término arrendamiento, aunque en nuestra opinión, son terminología ya superada y por ello apostamos por llamarlos, contrato de servicios.

⁵⁷⁸ LOBATO GÓMEZ, Miguel, "Contribución al estudio de la distinción entre las obligaciones de medios y las obligaciones de resultado" en *Anuario Derecho Civil*. Tomo XLV, Fascículo I. Año 1992. Págs. 651 a 734. (Vid. Pág. 652, donde el autor literalmente establece que: *"sin embargo, aunque en algún ordenamiento, como es el caso del Derecho francés, parece haberse impuesto de forma casi generalizada, los problemas teóricos y prácticos que plantea [la distinción en el alcance de las obligaciones], acaso tantos como soluciona, y, particularmente, su falta de regulación legal expresa, han hecho que, como veremos en el presente trabajo, su aceptación haya sido muy desigual en la doctrina y en la praxis jurisprudencial de los distintos países europeos y, ciertamente, muy controvertida"*).

⁵⁷⁹ ELIZARI URTASUN, Leyre, *op. cit.* Pág. 64, haciendo referencia al contenido de ASÚA GONZÁLEZ, Clara Isabel "Capítulo XIII, Responsabilidad Civil Médica" en REGLERO CAMPOS, Luis Fernando (Coord.), *Tratado de Responsabilidad Civil. Tomo II - Parte Especial Primera*, ed. Thomson Aranzadi. 4ª edición. 2008. Pamplona. Pág. 736. (La cita literal es de ELIZARI). En la 5ª edición del Tratado de Responsabilidad Civil coordinada por el Sr. Reglero Campos, ASÚA GONZÁLEZ modificó el texto quitando la frase literal que citaba ELIZARI, por eso dejo la página de la 4ª edición, he trabajado con ambas.

tradicionalmente se conocían como arrendamiento de obra o de servicio, y ahora se conocen como contratos de obra o contratos de servicios.

Casi podríamos decir que es hasta aquí hasta donde llega la calma en la materia y hasta donde existe práctica unanimidad en las opiniones doctrinales, todo lo que sigue es discusión doctrinal y tendencias jurisprudenciales, que no se han mantenido inalterables, sino que han ido variando con el transcurso de las décadas y adaptándose, con mayor o menor acierto, a las realidades sociales de España.

Para poder desarrollar y presentar mejor nuestras propias teorías, es preciso que se analice con más detalle, como va a hacerse a continuación, las dos grandes figuras controvertidas, con sus características, y posteriormente, se introducirán nuestras hipótesis o propuestas para la superación de la batalla doctrinal, que constituye uno de los elementos que más valor puede, en nuestra opinión aportar a esta humilde investigación.

Pero previo al análisis de los elementos confrontados, en este primer momento descartamos la aplicabilidad de la figura del mandato, que tradicionalmente estuvo considerado como posible vínculo entre los profesionales médicos y sus pacientes, siguiendo una línea doctrinal de inicios del siglo XX, que, en palabras de ARBESÚ GONZÁLEZ "*otorga la calificación jurídica de mandato al contrato realizado por las personas que ejercen profesiones liberales*"⁵⁸⁰. Consideramos que el mandato no se ajusta a las circunstancias de la relación entre el médico y su cliente o paciente, porque es un contrato que el Código Civil configura como gratuito y no se ajusta a la realidad de la relación entre profesionales de la salud de ámbito privado y sus pacientes. Los clientes no toman todas las decisiones sobre las intervenciones, sino que el profesional, a quién se seleccionó por sus propias características y habilidades, pacta con el cliente el camino a seguir, señalando las prácticas que consideraría más adecuadas, por lo que no es posible pensar en un mandato.

⁵⁸⁰ ARBESÚ GONZÁLEZ, Vanesa, *op. cit.* Pág. 129.

4.1. El contrato de obra y sus características

El contrato de obra, regulado en el Código civil como contrato de arrendamiento de obra, procede de la evolución del Derecho romano, donde se denominaba a estos contratos *locatio conductio operis*, y, según CABANILLAS SÁNCHEZ, GÓMEZ-OLANO GONZÁLEZ y SÁNCHEZ GALLARDO "*este contrato se definía como aquél en que una de las partes se obligaba a pagar a la otra un precio y ésta, a cambio (...) a llevar a cabo una obra*"⁵⁸¹.

Encontramos dos partes claramente identificadas: una de ellas encarga a la otra que se realice una obra; y la otra parte se compromete a realizarla a cambio de obtener el precio que las mismas fijan para la obra. Señalan DÍEZ-PICAZO Y GULLÓN al respecto de las partes que "*el propio Código desecha en su regulación la terminología de arrendador y arrendatario para denominar las partes del contrato*"⁵⁸² pues el CC habla de dueño o propietario - de la obra - y de contratista⁵⁸³. Señalan los citados autores que parece más apropiado identificar como comitente al sujeto que pretende la realización de la actuación y como contratista al que se obliga a ejecutarla⁵⁸⁴.

En nuestra opinión, el término contratista está en la actualidad por parte del imaginario social erróneamente unido a la realización de edificaciones. Según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española contratista es un adjetivo, usado también como sustantivo - que en nuestro caso es como se utiliza -, que identifica al sujeto "*que realiza una obra o presta un servicio por contrata*".

Esa obra que realiza el contratista no tiene que ser una edificación, puede ser una obra literaria, plástica, científica, médica, culinaria, tecnológica, o de cualquier otro tipo, por lo que nos parece acertada la identificación de las partes como comitente y

⁵⁸¹ CABANILLAS SÁNCHEZ, Antonio, GÓMEZ-OLANO GONZÁLEZ, Daniel José y SÁNCHEZ GALLARDO, Francisco Javier, "Capítulo 2. El contrato de obra" en YZQUIERDO TOLSADA, Mariano (Dir.), *Contratos. Civiles, Mercantiles, Públicos, Laborales e Internacionales, con sus implicaciones tributarias. Tomo IV: Contratos de Prestación de Servicios y Realización de Obras. (I)*. Ed. Thomson Reuters - Aranzadi. 2014. Cizur Menor. Pág. 176.

⁵⁸² DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luís y GULLÓN BALLESTEROS, Antonio. *Sistema de Derecho Civil*. Ed. Tecnos. 11ª edición. Vol. II. Tomo II. 2016. Madrid. Pág. 131.

⁵⁸³ Por ejemplo se habla de *dueño* - en vez de arrendador - en los artículos 1590, 1592, 1594 y 1597 CC; se habla de *propietario* - en vez de arrendador - en los artículos 1593, 1595 y 1598 CC; y se habla de *contratista* - en vez de arrendatario - en los artículos 1591, 1593, 1596 y 1597 CC.

⁵⁸⁴ DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luís y GULLÓN BALLESTEROS, Antonio, *op. cit.* Pág. 131.

contratista, siempre que la utilización de ese término no nos impida atender no solo al que construye, sino también al que *presta un servicio por contrata*.

Sin embargo, la vinculación de la idea de obra como si exclusivamente se refiriera a una edificación, también viene, en parte, provocada por el propio Código civil, que regula el contrato de arrendamiento de obra - contrato de obra - como si solo pudiera ser aplicado al contrato mediante el cual una parte encarga a otra la realización de una edificación, por ser el tipo de contrato de obra que se expone en los artículos 1588 a 1600 CC. Lo que nos resulta, y no solo a nosotros, claramente desajustado a la realidad a la que estos contratos pueden aplicarse⁵⁸⁵.

Por si lo expuesto fuera poco, de cara a observar el problema de insuficiencia normativa existente en la materia de los contratos de obra, en palabras de CABANILLAS SÁNCHEZ, GÓMEZ-OLANO GONZÁLEZ y SÁNCHEZ GALLARDO - coincidente con la doctrina de Díez-Picazo y de la práctica mayoría de los teóricos de nuestro Derecho Civil de contratos y obligaciones - "*se trata de una regulación claramente insuficiente para un contrato que posee una gran importancia práctica y una gran envergadura económica, de manera que es éste el tipo de contrato que ha determinado mayores dificultades en la aplicación de los Códigos*"⁵⁸⁶.

Este es el motivo por el que la doctrina solicita la actualización de la norma y que la misma sea ajustada a la realidad de estos contratos en la actualidad, movimiento al que nos unimos, por ser esta insuficiencia normativa del Código⁵⁸⁷ la que en gran medida genera los enormes conflictos existentes en relación a nuestro tema de estudio, pues los afectados por incumplimientos contractuales en los actos médicos de

⁵⁸⁵ Además, sobre la edificación, fue promulgada la Ley 38/1999, de 5 de noviembre de Ordenación de la Edificación (Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación. Publicada en el BOE núm. 266, de 6 de noviembre de 1999. Versión consolidada de julio de 2015.), que como señala ROVIRA SUEIRO, "*no supuso la derogación de las normas del Código Civil sobre la materia sino que se sigue la técnica de la superposición normativa, con la inseguridad jurídica que conlleva la determinación de la regla aplicable y la cuestionada derogación tácita por incompatibilidad con determinados preceptos de la nueva ley*". Vid. ROVIRA SUEIRO, María, "II. El contrato de obra" en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo (Dir.), *Tratado de Contratos - Tomo III*. Ed. Tirant lo Blanch - Tratados. 2ª Edición. 2013. Valencia. Pág. 3859.

⁵⁸⁶ CABANILLAS SÁNCHEZ, Antonio, GÓMEZ-OLANO GONZÁLEZ, Daniel José y SÁNCHEZ GALLARDO, Francisco Javier, *op. cit.* Pág. 177.

⁵⁸⁷ Que, como vimos al analizar las herramientas de *modernización* del Derecho de obligaciones y contratos, en el presente Capítulo, no parece tener inmediata solución a nivel estatal (pues no se aborda la cuestión en el PMCC), pero sí que ha provocado reacciones a nivel europeo, como por ejemplo la regulación que se hace en el DCFR (*vid.* Apartado 2º del Capítulo III).

satisfacción con finalidad estética, se encuentran con el problema de la distinción entre un tipo contractual y otro, y además, en ambos casos las previsiones normativas existentes no solucionan las controversias que suelen generarse.

Vistas las necesidades de actualización de la figura del contrato de obra, que son extensibles a las necesidades de actualización de la figura del contrato de servicios, cabe que intentemos resaltar las características que los mismos tienen, pues mientras no se logre la reforma de la ley que se solicita por parte de la doctrina, la norma existente es la que debe ser aplicada y, por ello, estudiada. Además, en el "*Proyecto de Reforma del Libro IV del Código Civil*" no se incluyen propuestas para la modernización del contrato de arrendamiento en lo relativo a los contratos de obra, ni tampoco en lo relativo a los contratos de servicios, algo que consideramos un error, pues se aleja de las previsiones que sí se realizan a nivel europeo.

La doctrina y la jurisprudencia coinciden en caracterizar el contrato de obra como aquél mediante el cual el contratista se obliga a entregar un cierto resultado - la obra objeto del contrato - al dueño o comitente, esta es la principal característica y por su relevancia se estudia separadamente a continuación⁵⁸⁸.

Pero, además de la obligatoriedad de alcanzar un resultado, hay autores que señalan que el contrato de obra tiene otras características que permiten distinguirlo del contrato de servicios.

Una de estas características propias de los contratos de obra es la que indica ROVIRA SUEIRO, que señala que, "*el contrato de obra se considera que es de tracto único, al paso que el contrato de servicios es de tracto sucesivo*"⁵⁸⁹. La autora apoya este argumento en el análisis de la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de octubre de 2003⁵⁹⁰, en la que el TS estaba analizando una construcción que se realizaba por fases, es decir, de tracto sucesivo, pese a que fuera contrato de obra.

En relación con el argumento de la autora y con la argumentación de la citada Sentencia, consideramos que es un poco arriesgado que, con apoyo exclusivo a esta argumentación jurisprudencial, se pueda afirmar que los contratos de obra son de tracto

⁵⁸⁸ *vid.* apartado 4.1.1.

⁵⁸⁹ ROVIERA SUEIRO, María, *op. cit.* Pág. 3858.

⁵⁹⁰ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 9 de octubre de 2003. Ponente D. Pedro González Poveda. RJ\2003\8232.

único y los de servicio son de tracto sucesivo. Quizá resultaría más apropiado decir que, generalmente o en la mayoría de ocasiones, los contratos de obra son de tracto único y los de servicios de tracto sucesivo, pero que nada obsta para que ello pueda ser alterado por las características concretas de la obra - o del servicio - que estén pactando las partes, pues al final, volviendo a lo que ya señalaron autores citados como YZQUIERDO o CABANILLAS SÁNCHEZ, al analizar las figuras contractuales no debemos dejar de lado la autonomía de la voluntad de las partes⁵⁹¹

Otra de las características del contrato de obra es que la obra que se pretende exige de ciertas habilidades o capacidades para su prosecución, motivo por el que el comitente acude al contratista, pues "*el promitente no estaría en situación de atender por sí [la obra], por implicar cierta habilidad técnica*"⁵⁹²; es lo que sucede en el caso de nuestros contratos objeto de estudio. Los clientes necesitan los conocimientos y las habilidades de los profesionales médicos, pues ellos mismos no son capaces de realizar las intervenciones médicas que pretenden, porque implican riesgos y requieren de experiencia, conocimientos y práctica⁵⁹³.

Sobre la forma que se precisa, la doctrina coincide en señalar la vigencia del *principio de libertad de forma* del artículo 1278 CC⁵⁹⁴, y que el contrato se perfecciona por el mero consentimiento de las partes, pues es un contrato consensual, como vimos anteriormente⁵⁹⁵.

Antes de entrar en la obligación de resultado, que es la característica fundamental y definitoria de este tipo contractual y que la doctrina y jurisprudencia señalada le otorgan en exclusiva a los contratos de obra, debemos analizar los elementos objetivos del contrato, que al ser un contrato sinalagmático, puede dividirse en dos: el primero de ellos es la obra y el segundo es el precio de la misma, tal y como se deduce

⁵⁹¹ Vid. YZQUIERDO TOLSADA, Mariano, "La responsabilidad civil médico-sanitaria...", *op. cit.* Pág. 38, donde se establece (haciendo alusión a CABANILLAS SÁNCHEZ) "*tendrá decisiva importancia la autonomía privada*". Los autores, aluden a esta relevancia vinculándola al alcance de la obligación (pacto de resultados, por ejemplo), sin embargo, consideramos que la misma también puede afectar a la caracterización de la obligación contraída como de tracto único o de tracto sucesivo.

⁵⁹² ROVIRA SUEIRO, María, *op. cit.* Pág. 3859.

⁵⁹³ Aunque realmente, no somos capaces de afirmar con rotundidad que en los contratos de servicios, sea prescindible la habilidad técnica, por lo que encontramos pegas a esta supuesta distinción.

⁵⁹⁴ Art. 1278 CC: "*Los contratos serán obligatorios, cualquiera que sea la forma en que se hayan celebrado, siempre que en ellos concurran las condiciones esenciales para su validez.*"

⁵⁹⁵ Vid. apartado 1.1.d) del presente capítulo.

de la literalidad del artículo 1544 CC "(...) *una de las partes se obliga a ejecutar una obra (...) por precio cierto*".

La obra debe ser entendida como "*el resultado previsto en el contrato, expresa o tácitamente o derivado de la buena fe o el uso*"⁵⁹⁶, sin embargo, el Código no da más indicaciones sobre sus características, así que la doctrina coincide en señalar que las obras deberán ser posibles, lícitas y determinadas, en aplicación de los artículos 1271 a 1273 CC⁵⁹⁷.

El precio es otro de los elementos objetivos del contrato de obra, de los que se mencionan expresamente en el artículo 1544 CC. El Código requiere que el precio sea cierto, motivo por el que debe ser conocido por las partes en el momento de celebración del contrato o, de no ser así, que se pueda concretar posteriormente por los interesados, o por un tercero, o a través de tasación judicial emitida en atención al coste de los materiales invertidos y la mano de obra utilizada. La doctrina señala esta posibilidad de que el precio no esté determinado en el momento de celebración del contrato en atención a la jurisprudencia del Tribunal Supremo, especialmente a la que se deriva de su Sentencia 31 de mayo de 1983⁵⁹⁸ que establece que no es "*indispensable que ese precio se concrete de antemano o en el instante de celebrarlo* [el contrato de obra], *al ser suficiente con que su determinación pueda llevarse a efecto con posterioridad, bien por los propios interesados o por un tercero, o a medio de tasación pericial emitida en atención a los materiales invertidos y mano de obra utilizada*".

Otra idea relativa al precio que resulta de la interpretación jurisprudencial y que señalan algunos autores es que "*la existencia de un precio cerrado o ajuste alzado, no impide la obligación de pagar trabajos no previstos ni previsibles*"⁵⁹⁹, dado que el precio cierto que señala el artículo 1544 CC, no puede hacerse extensible a todo tipo de circunstancias sobrevenidas, especialmente a aquellas que fueran imprevisibles. Este

⁵⁹⁶ CABANILLAS SÁNCHEZ, Antonio, GÓMEZ-OLANO GONZÁLEZ, Daniel José y SÁNCHEZ GALLARDO, Francisco Javier, *op. cit.* Pág. 204.

⁵⁹⁷ Art. 1271 CC "*Pueden ser objeto de contrato todas las cosas que no están fuera del comercio de los hombres, aun las futuras. (...)*"; art. 1272 CC "*No podrán ser objeto de contrato las cosas o servicios imposibles.*"; art. 1273 CC "*El objeto de todo contrato debe ser una cosa determinada en cuanto a su especie. La indeterminación en la cantidad no será obstáculo para la existencia del contrato, siempre que sea posible determinarla sin necesidad de nuevo convenio entre los contratantes*".

⁵⁹⁸ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 31 de mayo de 1983. Ponente D. Antonio Fernández Rodríguez. RJ\1983\2952.

⁵⁹⁹ CABANILLAS SÁNCHEZ, Antonio, GÓMEZ-OLANO GONZÁLEZ, Daniel José y SÁNCHEZ GALLARDO, Francisco Javier, *op. cit.* Pág. 208.

argumento relativo a la posibilidad del contratista de añadir al precio las contingencias imprevistas sobrevenidas durante la realización de la obra se debe también a una resolución judicial, concretamente a la Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de enero de 2011⁶⁰⁰, que en su Fundamento de Derecho Décimo establece la independencia de las contingencias sobrevenidas que sean necesarias para cumplir el contrato y "*ajenas -no previstas ni previsibles - al proyecto y documentación complementaria*". Es decir, el dueño de la obra, puede verse obligado a abonar otros conceptos distintos de los del precio cierto que hubiera tenido que sufragar el contratista, cuando se debieran a situaciones imprevistas e imprevisibles en el momento de celebrar el contrato.

Sin más dilación, pasamos al apartado siguiente donde analizaremos la obligación de resultado, que es la característica más significativa de los contratos de obra y con mayor relevancia en el contrato que posteriormente se celebre, especialmente en los casos de incumplimiento.

4.1.1. La obligación de resultado

Como hemos visto, todo el Título VI del Libro IV del CC está dedicado al *contrato de arrendamiento* pero las realidades han evolucionado mucho desde la época de promulgación del mismo y resulta absolutamente arcaico, con lo cual, además de ser un cuerpo normativo antiguo y desajustado a la realidad, también ha sido desarrollado por la doctrina y la jurisprudencia, que han creado distinciones entre el contrato de obra y el contrato de servicios.

Una de las distinciones fundamentales que se han generado al respecto de estas dos figuras contractuales de origen común es la que habla del *alcance de la obligación en los contratos de obra y en los contratos de servicios*. Por todos es de sobra conocido que sobre los contratos de obra se predica que la obligación de hacer, de realizar la obra, convierte en exigible la misma, es decir, la obligación de los contratos de obra es una *obligación de resultado*. Mientras que, como veremos posteriormente, la obligación en los contratos de servicios alcanza solo hasta los medios y la diligencia de los profesionales, sin que quepa la exigibilidad del resultado.

⁶⁰⁰ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 11 de enero de 2011. Ponente D. Jesús Corbal Fernández. RJ2011\1780.

Esta distinción entre obligación de medios y obligación de resultados es fundamental para el objeto del presente estudio, pues tradicionalmente se ha considerado que las actuaciones profesionales son actuaciones que deben ceñirse a los medios, es decir, son contratos de servicios, pero también se ha expuesto, en ocasiones, que los profesionales médico-estéticos, entre otros, se obligan a más que a los simples medios, y se ha llegado a considerar que en estos casos, los contratos entre los profesionales médicos y los clientes de la medicina estética son contratos de obra y no de servicios.

La opinión de que los contratos de obra van acompañados de obligación de resultados está muy extendida, autores clásicos como JORDANO FRAGA, analizan el alcance de la obligación señalando que cuando es de resultado "*el deudor no se obliga solamente a desplegar una simple actividad diligente con vistas a la consecución de un determinado resultado, sino que es precisamente el logro de este concreto resultado (opus: una determinada alteración de la realidad física o jurídica preexistente a la constitución del vínculo obligatorio) el que se constituye en contenido de la prestación del deudor, en lo debido por éste*"⁶⁰¹. Por ese motivo, en obras más recientes se considera que el resultado debe valorarse como *finalidad concreta y determinada*, es decir, que constituye el interés primario o principal del acreedor⁶⁰². Para CABANILLAS SÁNCHEZ, es evidente que las partes contractuales pueden establecer el alcance de sus obligaciones al contratarlas⁶⁰³.

Sin embargo, el propio CABANILLAS SÁNCHEZ recoge argumentos que justifican la existencia de una distinción entre los dos tipos de obligación: como la existencia de una diversa distribución del riesgo de que no se alcancen los objetivos del

⁶⁰¹ JORDANO FRAGA, Francisco, "Obligaciones de medios y de resultado (a propósito de alguna jurisprudencia reciente)". *Anuario de Derecho Civil (ADC)*. Vol. 44. Núm. 1. Año 1991. Págs. 5 - 96. (La cita se extrae de la página 7).

⁶⁰² Así lo señala JIMÉNEZ HORWITZ, que literalmente define el resultado señalando que "*el resultado debe ser valorado como la finalidad concreta y determinada que constituye el objeto del contrato de obra y que debe realizar el deudor para satisfacer el interés del cliente*". Vid. JIMÉNEZ HORWITZ, Margarita, "La distinción entre los contratos de obras y servicios en el Derecho español (estudio comparado con el Derecho alemán)" en *Anuario de Derecho Civil (ADC)*. Tomo LXV. Fascículo II. Abril - Junio 2012. Págs. 551 - 584. (La cita se extrae de la página 559).

⁶⁰³ Señala el autor: "*la técnica jurídica no se opone a que el resultado pretendido por las partes - la entrega de una mesa en cierta fecha, la de un paquete en determinado lugar -, se coloque directamente como objeto de la obligación*". CABANILLAS SÁNCHEZ, Antonio, *op. cit.* Pág. 28.

acreedor de la obligación⁶⁰⁴, indicando que *"el interés primario del acreedor está garantizado por el deudor cuando la obligación es de resultado; lo cual no acontece si la obligación es de actividad"*⁶⁰⁵. Por lo que el alcance de la obligación es fundamental, especialmente en lo que a los intereses del acreedor se refiere.

De modo que los acreedores pretenderán que la obligación sea de resultado y los deudores pretenderán que se entienda como obligación de medios, aspecto que en nuestro objeto de estudio sucede continuamente, especialmente cuando tras la ejecución del acto contratado, existen discrepancias en las partes al respecto de si se puede entender cumplida o no la obligación del deudor⁶⁰⁶. En nuestra opinión, considerar los actos médicos de satisfacción como un contrato de obra o como un contrato de servicios con una obligación de diligencia reforzada o con la posibilidad de que el resultado sea exigible es la voluntad de todas las personas que se someten a este tipo de intervención. Especialmente cuando ya se han sometido a ellas y las mismas no han logrado cumplir con las expectativas de los clientes. Sin embargo, los profesionales son más partidarios de defender las tesis que inciden en que en el ámbito de la medicina, jamás pueden prometerse los resultados, por existir un cierto grado de aleatoriedad en todas las intervenciones médicas (postura que desarrollaremos en próximos apartados).

En la obra de DÍEZ-PICAZO Y GULLÓN se establece una idea que nos parece útil para continuar y desarrollar lo hasta ahora expuesto y sobre el que irremediablemente deberemos volver en otro momento, pero que nos parece oportuno dejar anotado ya: *"los casos en que sea dudoso el encuadre de la obligación [de medios o de resultado] deben de resolverse atendiendo a la circunstancia última de que el resultado esté o no al alcance de quien despliega la actividad"*⁶⁰⁷, es decir, si el

⁶⁰⁴ Señala el autor: *"la distinción de los dos tipos de obligaciones determina una diversa distribución, entre el deudor y el acreedor, del riesgo por la falta de realización del resultado esperado por el acreedor: cuando la obligación es de actividad, el riesgo pesa sobre el acreedor, mientras que si la obligación es de resultado, el riesgo recae sobre el deudor"*. Vid. CABANILLAS SÁNCHEZ, Cit. Supra. Pág. 30.

⁶⁰⁵ Cit. Supra. Pág. 31.

⁶⁰⁶ Además, tal y como señala SERRANO GIL *"en las obligaciones de resultado, la prueba de incumplimiento objetivo descarta el análisis de la culpa, al quedar fuera de toda cuestión y, por tanto, resulta indiferente, de modo que al acreedor le corresponde acreditar exclusivamente la no consecución del resultado, ya que la culpa no es carga probatoria de este"*. Vid. SERRANO GIL, Alfonso *"La obligación de medios y de resultados en el ámbito sanitario: aspectos jurisprudenciales"* en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*. Año 92. Núm. 754. 2016. Págs. 1039 - 1058. (La cita se extrae de la página 1044).

⁶⁰⁷ DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEON, Luis, GULLÓN BALLESTEROS, Antonio, *op. cit.* (Tomo II -

resultado era asumible o alcanzable y es dudoso el encuadre de la obligación si se observa el contrato celebrado, es posible considerar, en atención a estos autores, que la obligación podía alcanzar a la concreta prosecución del resultado.

Centrándonos en la obligación de resultado, y volviendo a la obra de CABANILLAS SÁNCHEZ, él mismo considera que *"la prestación de obra es una prestación de resultado, porque el contratista no sólo está obligado a prestar una actividad diligente encaminada a la ejecución de una determinada obra, sino a lograrla. La obra constituye el objeto del contrato, y sólo entregándola, de acuerdo con lo acordado, el contratista cumple y tiene derecho al precio"*⁶⁰⁸. Es decir, en los contratos de obra, el cumplimiento del contrato solo se obtiene cuando lo entregado, o la obra realizada, se ajusta por completo al objeto del contrato. Esto puede, al menos hipotéticamente, ser fácilmente trasladable a los objetos que se contratan en los actos médicos de satisfacción con finalidad estética.

Si en los actos médicos de satisfacción con finalidad estética, rigiera la obligación de resultado - cuestión que en mi opinión es posible, pues las partes pueden pactar lo que quieran y pueden celebrar el contrato que quieran y estas distinciones entre las características de los contratos de obra y de servicios son más bien para los casos en los que las partes hayan pactado poco o mal -, una intervención médico estética solo podrá suponer un cumplimiento contractual cuando el resultado de la misma se ajuste completamente a lo que las partes acordaron. Incluso CABANILLAS SÁNCHEZ al analizar la cirugía estética señaló hace más de veinte años *"aquí no se trata de prestar un servicio, sino de obtener un resultado. El cirujano no se compromete a hacer una operación, sino a conseguir, gracias a ella, determinado tipo de nariz, de pechos o de piernas"*⁶⁰⁹, sin embargo, el autor considera, a renglón seguido, que se identifica más con aquellos que defienden que en los actos médicos siempre hay un elemento aleatorio.

Muchos años después de esa afirmación, el propio CABANILLAS SÁNCHEZ, acompañado de GÓMEZ-OLANO GONZÁLEZ Y DE SÁNCHEZ GALLARDO repite el argumento al señalar *"el contratista se obliga a la obtención de un resultado (opus consumatum et perfectum), siendo este resultado de la actividad el elemento que*

Volumen I). Pág. 127.

⁶⁰⁸ CABANILLAS SÁNCHEZ, Antonio, *op. cit.* Pág. 60.

⁶⁰⁹ CABANILLAS SÁNCHEZ, Antonio, *op. cit.* Pág. 73.

caracteriza y constituye la esencia del contrato"⁶¹⁰, los propios autores señalan que esta argumentación se extrae de la Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de octubre de 2002⁶¹¹ que en su Fundamento de Derecho Segundo establece que *"la obra es el resultado previsto en el contrato expresa o tácitamente o derivado de la buena fe y el uso (artículo 1258), siendo este resultado de la actividad el elemento (objetivo) que caracteriza y constituye la esencia del contrato de obra"*⁶¹², es decir, el elemento fundamental de los objetivos del contrato de obra es la propia obra contratada.

Estas argumentaciones nos llevan a entender que, en el caso de los contratos de obra, el pago del precio va a estar ciertamente vinculado a la verdadera prosecución del resultado pretendido, y así lo señala, entre otras la Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de junio de 2008⁶¹³, que en su Fundamento de Derecho Segundo establece que *"no puede reclamar los honorarios como precio del contrato de obra, porque no fue obtenido el resultado (...) esencia del contrato de obra"*.

Sobre la distinción entre obligación de medios y de resultado, aunque se ha dicho ya bastante, es interesante señalar - pues alude directamente a nuestro objeto de investigación -, siguiendo de nuevo la argumentación de los expertos CABANILLAS SÁNCHEZ, GÓMEZ-OLANO GONZÁLEZ Y DE SÁNCHEZ GALLARDO, que el problema de la distinción entre obligaciones de medio y de resultado se ha planteado especialmente en reclamaciones realizadas por clientes a los médicos y a los arquitectos, pues en la medicina de satisfacción *"lo que se pretende es un resultado concreto y que el médico oferta al cliente, (...) por lo que el resultado de la cirugía opera como una auténtica representación final de la actividad que desarrolla el facultativo, ya que su obtención es el principal cometido de la intervención"*⁶¹⁴.

Incluso los autores menos partidarios de entender que la obligación del profesional puede o suele ser una obligación de resultados, especialmente aquellos

⁶¹⁰ CABANILLAS SÁNCHEZ, Antonio, GÓMEZ-OLANO GONZÁLEZ, Daniel José y SÁNCHEZ GALLARDO, Francisco Javier, *op. cit.* Pág. 183.

⁶¹¹ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 24 de octubre de 2002. Ponente D. Xavier O'Callaghan Muñoz. RJ\2002\8975.

⁶¹² El propio Fundamento de Derecho Segundo acotado, señala a su vez otras SSTs más antiguas de las que cabría deducirse la misma interpretación: SSTs 14 junio 1989 [RJ 1989,4633], 4 octubre 1989 [RJ 1989,6881], 4 septiembre 1993 [RJ 1993, 6636], 12 julio 1994 [RJ 1994,6731].

⁶¹³ Sentencia de Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 26 de junio de 2008. Ponente D. Xavier O'Callaghan Muñoz. RJ\2008\3306.

⁶¹⁴ CABANILLAS SÁNCHEZ, Antonio, GÓMEZ-OLANO GONZÁLEZ, Daniel José y SÁNCHEZ GALLARDO, Francisco Javier, *op. cit.* Pág. 185 - 186.

autores que aluden constantemente - y no sin razón -, que siempre que se interviene sobre el cuerpo humano existe un cierto grado de aleatoriedad, coinciden en aceptar que no puede dejar de observarse la voluntad de las partes que acuden a estos contratos y que, cuando menos, se aproximan los medios del profesional al objetivo de un concreto resultado, *"pues si así no sucediera, es obvio que el interesado no acudiría al facultativo para lograr la finalidad buscada"*⁶¹⁵.

Sobre la finalidad del sujeto que adquiere los actos médicos de satisfacción también se ha pronunciado en múltiples ocasiones el Sumo Tribunal y podemos destacar, de entre las Sentencias que consideran que como mínimo puede decirse que la obligación del profesional se aproxima mucho a la obligación de resultados, la Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de noviembre de 2007⁶¹⁶, que literalmente establece el argumento, que los autores anteriormente citados recogían, en su Fundamento de Derecho Cuarto que dice, analizando un caso de medicina estética, que: *"el contrato sin perder su carácter de arrendamiento de servicios, que impone al médico una obligación de medios, se aproxima ya de manera notoria al arrendamiento de obra, que propicia la exigencia de una mayor garantía en la obtención del resultado que se persigue, ya que, si así no sucediera, es obvio que el interesado no acudiría al facultativo para la obtención de la finalidad buscada"*.

Por descontado, como veremos en apartados posteriores, también hay Sentencias del Tribunal Supremo que han considerado, sin dudarlo, que el contrato existente entre profesional médico y cliente en algunos casos de actos médicos de satisfacción eran prácticamente contratos de obra y, que las obligaciones del profesional eran obligaciones muy tendentes a la obtención del resultado.

A modo de ejemplo, podemos dejar anotada nuevamente la Sentencia del Tribunal Supremo, de 11 de febrero de 1997⁶¹⁷, ya referida⁶¹⁸, pero en esta ocasión debemos detenernos a observar el Fundamento de Derecho Cuarto que establece que:

⁶¹⁵ *Cit. Supra*. Pág. 186 (aludiendo a la STS de 22 de noviembre de 2007 que se señala a continuación).

⁶¹⁶ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 22 de noviembre de 2007. Ponente D. Juan Antonio Xiol Ríos. RJ\2007\8651.

⁶¹⁷ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 11 de febrero de 1997. Ponente D. José Almagro Nosete. RJ\1997\940.

⁶¹⁸ *vid.* Apartado 1.1. del Capítulo I.

"(...) esta obligación que, repetimos, es todavía de medios, se intensifica, haciendo recaer sobre el facultativo, no ya sólo, como en los supuestos de medicina curativa, la utilización de los medios idóneos a tal fin , así como las obligaciones de informar ya referidas, sino también, y con mayor fuerza aún, las de informar al cliente - que no paciente-, tanto del posible riesgo que la intervención , especialmente si ésta es quirúrgica, acarrea, como de las posibilidades de que la misma no comporte la obtención del resultado que se busca, y de los cuidados, actividades y análisis que resulten precisos para el mayor aseguramiento del éxito de la intervención" y en el Fundamento de Derecho Quinto finalmente dice que se identifica la cirugía satisfactiva con la "<<locatio operis>>, esto es, con el plus de responsabilidad que, en último caso, comporta la obtención del buen resultado o, dicho con otras palabras, el cumplimiento exacto del contrato en vez del cumplimiento defectuoso".

Dejando el estudio más profundo de las resoluciones jurisprudenciales para el apartado correspondiente, simplemente cabe concluir señalando, y en parte avanzando que, pese a que es la doctrina y la jurisprudencia la que considera que el contrato de obra lleva acarreada la obligación de resultado, no es pacífico - como fácilmente puede observarse - el listado de supuestos en los que un contrato deberá catalogarse como de obra y en su virtud, la obligación del mismo deberá ser catalogada como de resultado.

Por ello debemos continuar intentando aclarar las tipologías contractuales y sus características para poder ver hasta qué punto los actos médicos de satisfacción con finalidad estética se pueden englobar en una u otra categoría (o si no entran en ninguna de ellas) y así podemos deducir cual es el nivel de exigencia hacia el profesional médico que los realiza, todo ello claro está, para cuando del propio contrato no quede claro a qué se obligan exactamente las partes, pues en ese caso la libertad contractual se impone⁶¹⁹.

⁶¹⁹ Motivo por el que sería fundamental recomendar siempre a las personas que pretenden actos médicos de satisfacción que intentaran, en la medida de lo posible, preocuparse al respecto de los términos que figuran en el contrato. Pues a ellos puede parecerles muy evidente que la intervención que están contratando es un contrato de obra y que la obligación del profesional debe alcanzar el completo resultado pactado (o como mínimo, que es un contrato del tipo que sea o que es atípico, pero con obligación de resultado), pero no es para nada una cuestión pacífica y, además, tienen en contra de esta opinión a la mayoría de la doctrina civilista y también la propia jurisprudencia del Tribunal Supremo que analizaremos en su oportuno apartado.

4.2. El Contrato de prestación de servicios y sus características

El contrato de prestación de servicios, regulado como *arrendamiento de servicios* está regulado junto con el contrato de *arrendamiento de obra* en el artículo 1544 CC, señalando que en él "*una de las partes se obliga (...) a prestar a la otra un servicio por precio cierto*". Según DÍEZ-PICAZO Y GULLÓN, vista la regulación que realiza el CC, "*el desarrollo normativo no puede ser más pobre*"⁶²⁰. Coincidimos plenamente con esta afirmación, pues de igual modo que sucede con los contratos de obra, los contratos de servicios han superado, ya hace muchos años, la realidad que el Código civil configuró para ellos.

En el caso de estos contratos además hay que añadir el hecho de que parte de la regulación que el Código civil ofrece⁶²¹ forma parte, en la actualidad, del Derecho laboral por ser la rama del derecho que regula las relaciones asalariadas. Sin embargo, las relaciones entre los profesionales liberales y sus clientes sí que caben en esta figura contractual, por eso el contrato de prestación de servicios o de *arrendamiento de servicios*, sigue siendo realmente relevante en la actualidad y presenta un gran número de menciones en la doctrina y en la jurisprudencia, además de ser coprotagonista en el conflicto sobre si los actos médicos de satisfacción forman parte de ellos o, por el contrario, deben caracterizarse como contrato de obra⁶²².

Como hemos realizado con el contrato de obra, vamos a caracterizar el contrato de prestación de servicios o *arrendamiento de servicios*, intentando, en la medida de lo posible, dejar de lado el alcance de la obligación principal del prestador de servicios, para que la misma pueda ser estudiada separadamente. Sin embargo, eso es extremadamente complejo, pues la mayoría de la doctrina define el contrato partiendo de la obligación que entraña.

Tal y como señala BUSTO LAGO "*el objeto del contrato de prestación de servicios consiste en una prestación de hacer - en un << facere >> - al que se obliga el arrendador y que viene delimitada por la voluntad de las partes con los límites*

⁶²⁰ DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luís, GULLÓN BALLESTEROS, Antonio. *Sistema de Derecho Civil*. Ed. Tecnos. 11ª edición. Vol. II. Tomo II. 2016. Madrid. Pág. 151.

⁶²¹ Concretamente la Sección Primera del Capítulo III del Título VI del Título IV del CC rubricada <<Del servicio de criados y trabajadores asalariados>> (artículos 1583 a 1587 CC).

⁶²² Conflicto en el que, por el momento, está imponiéndose la idea de que las actividades profesionales liberales son, mayoritariamente, actuaciones en las que se contrata la prestación de servicios. Y en la que venimos a defender, como se verá, que en realidad, no son ni lo uno, ni lo otro.

genéricos que resultan de aplicación al objeto de todo contrato de conformidad con las previsiones de los artículos 1271 a 1273 del CC, de modo que la prestación de hacer habrá de ser posible, lícita y determinada"⁶²³ más adelante continúa su exposición el autor señalado estableciendo que, visto que la obligación consiste en hacer, son esas (las de las obligaciones de hacer) las reglas que deben aplicarse a este contrato⁶²⁴. Es decir, estamos frente a un contrato cuyo objeto principal es una obligación de hacer, algo que no nos permite diferenciarlo de otros contratos, pues el propio contrato de obra también pretende que el obligado haga algo - ejecutar una obra -.

Cuando el prestador de servicios es un profesional, señala el citado autor que no puede exigírsele más que una actuación diligente, aunque deba ser adecuada a las reglas de su profesión, por lo que la diligencia exigible no es la del buen padre de familia, sino la de su profesión. Por este motivo, el autor vincula la impericia a la culpa o falta de diligencia⁶²⁵. Es decir, cuando se contratan servicios a profesionales que son expertos en la materia, los mismos se comprometen a actuar de forma diligente y de conformidad con las reglas propias de su oficio o profesión y actuar de forma poco ajustada o no ajustada a la pericia propia de su profesión puede entenderse como incumplimiento culposo.

Siguiendo con la caracterización del *arrendamiento de servicios* LACRUZ BERDEJO señala que "*notas distintivas de este contrato son pues, a) que da nacimiento a una obligación de hacer, cuyo contenido no es el resultado de aplicar una concreta acción del obligado a una concreta cosa (a diferencia del contrato de obra), sino una actividad general del prestador, quien la ejerce en beneficio del comitente y por*

⁶²³ BUSTO LAGO, José Manuel, *Contratos de prestación de servicios y realización de obras* en BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, Rodrigo (dir.) *Tratado de Contratos - Tomo III*. Ed. Tirant lo Blanch, 2ª edición. 2013. Valencia. Pág. 3338.

⁶²⁴ Señala literalmente el autor: "*comoquiera que la prestación consiste en un <<facere>>, resultan de aplicación las normas y principios que rigen las obligaciones de hacer*". BUSTO LAGO, José Manuel, *op. cit.* Pág. 3340.

⁶²⁵ Señala el autor: "*al profesional no se le puede exigir más que una actuación diligente, si bien está habrá de ser adecuada a las reglas de la ciencia o de la técnica de la que es perito, de manera que el canon de diligencia exigible no viene representado por la diligencia del buen padre de familia, sino por las reglas propias del arte o profesión de que se trate (...) integrándose los denominados usos profesionales en el ámbito obligacional del contrato a tenor de lo dispuesto en el art. 1258 CC. En el ámbito de la prestación de servicios profesionales, la impericia se asimila a la culpa - o falta de diligencia -, lo que se expresa mediante el clásico aforismo <<spondet peritiam artis e imperitia culpa enumeratur>>, que permite la imputación de los daños y perjuicios derivados del incumplimiento o del defectuoso cumplimiento de la prestación del servicio al prestador profesional*". BUSTO LAGO, José Manuel, *op. cit.* Pág. 3343.

encargo de éste; y b) que el comitente (u otro por él) se obliga correlativamente a satisfacer una retribución (precio). Añadamos, c) que este contrato comprende cualesquiera servicios, en general, salvo aquéllos que tradicionalmente tienen una disciplina específica y figura propia"⁶²⁶. Como vemos, el autor⁶²⁷ refiere que la obligación no incluye el resultado, y el resto de *características* que señala podrían ser válidas para otros contratos, especialmente para el contrato de obra, pues también el comitente de la obra debe satisfacer el precio y también ese contrato puede comprender múltiples encargos o servicios, como reparaciones, dictámenes profesionales, construcciones, creaciones artísticas o literarias y muchas otras.

DÍEZ-PICAZO Y GULLÓN señalan que el contrato es consensual, bilateral y que para la celebración del mismo no se requiere *ninguna forma determinada*⁶²⁸, con lo que coincide con el contrato de obra y, además, se ajusta a las características que se estudiaron en apartados anteriores para los contratos que se celebran entre profesionales médico estéticos y los clientes, porque los mismos pueden ser considerados contratos de prestación de servicio, como hemos visto y señalado ya.

El prestador de servicios se vincula por este contrato a desarrollar una actividad en beneficio de su cliente a cambio de un precio cierto, BUSTO LAGO señala que el prestador "*se compromete a desplegar un comportamiento diligente dirigido a la consecución de un resultado determinado, pero sin que se asuma el compromiso de su efectiva obtención*"⁶²⁹. El autor, además de señalar que la distinción principal entre los contratos de servicio y de obra es el alcance de la obligación - medios vs. resultado - ofrece, además, una serie de elementos que pueden ayudar en la determinación del tipo contractual, cuando no resulte sencillo seleccionar uno observando el propio contrato o la realidad de la práctica contratada.

Resumiendo las ideas del autor⁶³⁰, se puede configurar el régimen siguiente: en primer lugar se señala que los prestadores de servicio suelen, por norma general, gozar

⁶²⁶ LACRUZ BERDEJO, José Antonio [et. al.], *Elementos de Derecho Civil II. Derecho de Obligaciones*. Volumen II – Contratos y Cuasicontratos. Delito y Cuasidelito. Ed. Dykinson, 5ª edición. 2013. Madrid. Págs. 199 y 200.

⁶²⁷ En el caso de la obra de Lacruz Berdejo, las actualizaciones y reediciones de su obra se están llevando a cabo de la mano del Catedrático de Derecho Civil D. Francisco Rivero Hernández.

⁶²⁸ DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis y GULLÓN BALLESTEROS, Antonio, *op. cit.* Pág. 151.

⁶²⁹ BUSTO LAGO, José Manuel, *op. cit.* Pág. 3321.

⁶³⁰ *Cit. Supra*. Págs. 3321 y 3322.

de una mayor independencia técnica y económica que los contratistas. Y SÁNCHEZ GÓMEZ señaló que la independencia de los facultativos "*no se cohonestan bien*"⁶³¹ con la relación de dependencia que configura para los servicios el Código. Sin embargo, para la autora, la dependencia que el CC otorga a la relación de servicios y que no existe cuando el servicio lo presta un facultativo, no es razón suficiente para rechazar la posibilidad de que las actividades médicas privadas se engloben dentro del contrato de arrendamiento de servicios.

En segundo lugar se establece que los contratos de prestación de servicios suelen ser duraderos, mientras los de obras suelen ser puntuales.

También se considera que la forma en que se establece la contraprestación - el precio - puede indicar hacia qué tipo de contrato tienden las partes, pues, como el contrato de prestación de servicios generalmente es duradero, la contraprestación suele fijarse por tiempo, mientras que en los contratos de obra se suele fijar una contraprestación relacionada a lo efectivamente ejecutado, sea por unidades o por el total de la obra.

La naturaleza de la prestación puede también ayudarnos a identificar un contrato con una u otra figura, la naturaleza genérica se correspondería con los contratos de prestación de servicio, mientras que la naturaleza específica de la obligación se ajustaría más a los contratos de obra.

Viendo la argumentación del autor y las características que hemos comentado de los contratos médicos de satisfacción con finalidad estética parece evidente que, en atención a estas reglas para situar al contrato en un lugar u otro, nuestro objeto de estudio se ajustaría más al contrato de obra, pues se trata de contratos puntuales, donde la contraprestación se pacta por obra y la obra es, generalmente, de naturaleza específica pues no imaginamos que se celebren demasiados contratos con el objetivo genérico de embellecer, sino que se habla en los mismos de las concretas cualidades que se pretenden obtener con las actuaciones médicas.

Ya hemos referido que la regulación de los servicios en el CC es arcaica y exigua, sin embargo, de la misma también obtenemos ciertos aspectos que nos sirven

⁶³¹ SÁNCHEZ GÓMEZ, Amelia, *op. cit.* Pág. 33.

para caracterizar a los contratos de servicios en la realidad, o para señalar unas pautas de cómo deben ser los que se celebren.

Más concretamente el artículo 1583 CC establece que los contratos de este tipo no pueden ser vitalicios pues "*el arrendamiento hecho por toda la vida es nulo*", pero el propio artículo permite que puedan contratarse los servicios de forma indefinida, al establecer que "*pueden contratarse toda clase de servicios sin tiempo fijo*" y también por tiempo cierto o para una actuación concreta, el CC habla de obra determinada, pero consideramos que esa terminología puede llevar a confusión cuando lo que estamos intentando es discernir las características de los dos tipos contractuales.

En el ámbito de la Unión Europea, fue promulgada en el año 2006 la Directiva 2006/123/CE⁶³², relativa a los servicios del mercado interior y que tenía como objetivo garantizar que dentro del mercado interior se posibilitara la libertad de circulación de los servicios, facilitando que los mismos sean de calidad y se evitaran o se suprimieran las barreras que los Estados miembros de la UE mantenían. Esta Directiva ha sido traspuesta a la normativa interna mediante la promulgación de la Ley 17/2009⁶³³, que promueve la libre prestación de servicios y, siguiendo el modelo de la Directiva, no se aplica a todos los servicios que pueden prestarse, sino que contiene un ámbito de actividades excluidas de su aplicación bastante extenso.

Destacamos, porque nos afecta directamente, que la tanto la Directiva 2006/123/CE como la Ley 17/2009 excluyen expresamente "*los servicios sanitarios, incluidos los servicios farmacéuticos, realizados o no en establecimientos sanitarios e independientemente de su modo de organización y de financiación a escala estatal y de su carácter público o privado...*"⁶³⁴, es decir, que las previsiones que en estas normas se contienen no afectan *a priori* a nuestros actos objeto de estudio.

Decimos que no afectan *a priori*, por cuanto la exclusión que realiza tanto la directiva como la Ley 17/2009 parece hecha, en exclusiva a las actividades sanitarias englobadas dentro de la asistencia sanitaria curativa y, de la lectura de las normas podría

⁶³² Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior. Publicada en el DOUE núm. 376, de 26 de diciembre de 2006.

⁶³³ Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio. Publicada en el BOE núm. 283, de 23 de noviembre de 2009 (versión consolidada de diciembre de 2013).

⁶³⁴ Artículo 2.2.f) de la Ley 17/2009.

entenderse que el ámbito de la medicina estética y de satisfacción podría quedar dentro de las actividades afectas por las previsiones de estas normas.

Sin embargo, en honor a la verdad, que los actos médicos de satisfacción con finalidad estética resulten actividades afectadas por estas normas tampoco parece algo que pudiera modificar la realidad de las actividades de los médicos de satisfacción, salvo por el hecho de las libertades de circulación y establecimiento. Una de las previsiones más relevantes o innovadoras de la Ley 17/2009 - siguiendo las pautas de la Directiva - es el artículo 22 que establece las obligaciones de información a las que los prestadores de servicios quedan vinculados, sin perjuicio de las obligaciones que ya les fueran de aplicación por las normas de protección de los consumidores⁶³⁵. Pues bien, en el caso de los profesionales sanitarios, estas obligaciones de información están, en parte ya previstas debido a la especial relevancia que la información tiene en los actos médicos - tanto de la medicina curativa como de la medicina de satisfacción -, por lo que, como vimos en el capítulo II de la presente investigación al hablar sobre consentimiento informado, los médicos, como prestadores de servicios ya deberían estar facilitando unas informaciones realmente completas, no solo sobre los actos médicos, sino también sobre su propia persona o negocio.

Así, viendo como el contrato que celebran los médicos con los clientes para realizar actos médicos de satisfacción con finalidad estética también puede encajar en la idea que la doctrina tiene de los arrendamientos de servicios o contratos de prestación de servicios, cabe que analicemos en mayor profundidad su obligación primordial: la obligación de medios.

4.2.1. La obligación de medios

El contrato de servicios tiene como objeto la prestación de un servicio en favor de una persona, por ello el servicio es el elemento fundamental del contrato y en palabras de las profesoras ALONSO y ALMAGRO *"se puede considerar servicio al*

⁶³⁵ Dice literalmente el artículo 22.1 de la Ley 17/2009 *"1. Sin perjuicio de las obligaciones de información establecidas en la legislación de protección de los consumidores y usuarios que resulte de aplicación, los prestadores de servicios, con la debida antelación, pondrán a disposición de los destinatarios toda información exigida en el presente artículo de forma clara e inequívoca, antes de la celebración del contrato, o en su caso, antes de la prestación del servicio."*

*desenvolvimiento de una actividad por un sujeto. El servicio implica una obligación de hacer; supone la efectiva realización de un trabajo concreto, que, en sí mismo considerado, representa un valor económico*⁶³⁶, coincidimos con esta definición de las autoras.

Sin embargo, prácticamente a renglón seguido las mismas autoras señalan que el contrato de prestación de servicios puede ir o no encaminado a la prosecución de un resultado, y en su opinión, en esas circunstancias, si se dirige a obtener un resultado será un contrato de obra, y si no se dirige a ello, será un contrato de prestación de servicios⁶³⁷, y no podemos más que manifestar nuestro desacuerdo con la citada afirmación.

En nuestra opinión, aunque en las obligaciones de medios el prestador de servicios no se obligue al resultado concreto, consideramos que tanto los contratos de obra como los contratos de prestación de servicios van encaminados a la prosecución de un resultado, otra cosa será que, en el caso concreto de los contratos de servicios si el resultado no se obtiene, pero se actuó de forma diligente, no pueda el acreedor del servicio reclamar porque esa actuación no logró su resultado pretendido. Así, lo que diferenciará, en nuestra opinión estos contratos será el alcance de la obligación.

Esto significa que sin la voluntad de un resultado concreto, que es el fin del contrato, consideramos que sería bastante difícil que el contrato llegara a existir. En este sentido compartimos plenamente el argumento de DÍEZ-PICAZO Y GULLÓN que consideran que *"toda prestación tiende, por esencia, a la satisfacción de un interés, a un resultado que el acreedor juzga útil. Es evidente que al contratar un servicio persigue un resultado"*⁶³⁸.

También coincide con nuestra visión de la obligación de medios CABANILLAS SÁNCHEZ, que en el año 1993 estableció que pese a la distinción entre contrato de obra y contrato de servicios (que se refleja en el alcance de la obligación) en el arrendamiento de servicios las partes se vinculan *por una obligación de actividad o*

⁶³⁶ ALONSO PÉREZ, M^a Teresa y ALMAGRO MARTÍN, Carmen, *op. cit.* Pág. 98.

⁶³⁷ Señalan las autoras: *"el trabajo que, en virtud de un contrato, debe realizarse puede ir, o no, encaminado a la consecución de un determinado resultado; en el primer caso estaremos ante un contrato de obra y, en el segundo, ante un contrato de servicios propiamente dichos o arrendamiento de servicios"*. Vid. ALONSO PÉREZ, M^a Teresa y ALMAGRO MARTÍN, Carmen, *op. cit.* Pág. 98.

⁶³⁸ DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis y GULLÓN BALLESTEROS, Antonio, *op. cit.* (vol. II - Tomo II). Pág. 151.

servicios que se prestan en interés del acreedor, lo que significa que, *de facto*, se tiene en consideración el interés del acreedor (o debe tenerse en cuenta), lo que sucederá es que en caso de que no se alcance el resultado interesado no podrá reclamarse el incumplimiento de la obligación, pues el alcance es exclusivamente la actuación diligente del deudor (los medios)⁶³⁹.

Así, en nuestra opinión, aunque sabemos que no es compartida por la totalidad de la doctrina, consideramos que siempre hay una finalidad o motivo que hacen que surja el contrato, pero que en el caso de los contratos de prestación de servicios, será poco relevante para observar, en su momento oportuno, si ha existido o no un incumplimiento contractual, a diferencia de lo que sucede en los contratos de obra. El prestador de servicios, al obligarse a realizar una actividad, cumple siempre que efectivamente realice esa actividad.

En principio el servicio debe prestarse personalmente, pues en este contrato - y en el de obra igualmente - el acreedor selecciona a la contraparte observando sus cualidades personales o capacidades técnicas, científicas, creativas o de cualquier tipo, como vimos. Eso no obsta para que el prestador de servicios pueda contar con auxiliares o colaboradores⁶⁴⁰.

Cuando se contrata la realización de una determinada actividad a un profesional por sus conocimientos o aptitudes, la diligencia que se debe exigir al prestador de servicios no es solo la propia del buen padre de familia que recoge el artículo 1104 CC⁶⁴¹, sino que los profesionales deben cumplir, además, con una diligencia un poco más compleja, pues están vinculados - como veremos en el capítulo siguiente - a las

⁶³⁹ Señala el autor: "*el criterio fundamental para caracterizar al arrendamiento de servicios y distinguirlo del contrato de obra radica en que el arrendatario de servicios está vinculado por una obligación de actividad. (...) En el arrendamiento de servicios el arrendatario promete la prestación de los servicios en sí mismos considerados, si bien es verdad que los presta en interés del acreedor, es decir, para satisfacer el interés primario del mismo, que es el resultado útil de la actividad desarrollada. No obstante, si tal resultado no se logra, a pesar de haber actuado con diligencia el arrendatario, no existirá, en rigor, incumplimiento de la obligación*". CABANILLAS SÁNCHEZ, Antonio, *op. cit.* Pág. 95 (subrayado propio del fragmento para resaltar el argumento).

⁶⁴⁰ Coinciden en este punto varios autores, por todos: DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis, y GULLÓN BALLESTEROS, Antonio, *op. cit.* Pág. 152 y ss.

⁶⁴¹ Artículo 1104 CC "*La culpa o negligencia del deudor consiste en la omisión de aquella diligencia que exija la naturaleza de la obligación y corresponda a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar. // Cuando la obligación no exprese la diligencia que ha de prestarse en su cumplimiento, se exigirá la que correspondería a un buen padre de familia.*"

reglas de su profesión, que se conocen como *lex artis* o las "artes del oficio". Deberán llevar a cabo una actuación diligente y ajustada a las reglas de su profesión⁶⁴².

Resulta fundamental para la gran mayoría de la doctrina diferenciar entre obligaciones de resultado y obligaciones de medios o de actividad, porque si el prestador de servicios ha cumplido con la diligencia debida y con las normas técnicas de su profesión, podrá considerarse que ha cumplido con su obligación contractual, pese a que su cliente haya quedado insatisfecho con el resultado alcanzado, que difiere del que esperaba de su actuación.

En el caso de los actos médicos de satisfacción con finalidad estética en ocasiones se ha considerado que los mismos forman parte de las obligaciones de resultado, tanto por la doctrina como por la jurisprudencia, sin embargo, es una postura ciertamente minoritaria, dado que la mayoría de los estudiosos del derecho consideran que las obligaciones de los profesionales liberales son, por regla general de medios y, en el caso de los médicos, prácticamente siempre son obligaciones de *mera* actividad.

El principal argumento del sector doctrinal para defender que en los casos de medicina voluntaria estamos dentro de obligaciones de medios - si acaso medios intensificados -, es el argumento del componente aleatorio <<el *aleas*>>⁶⁴³ de las intervenciones médicas. Este argumento sostiene que siempre que se interviene sobre un organismo biológico, por cualquier medio, existe un elemento de aleatoriedad y, en virtud del mismo, cada individuo u organismo biológico puede reaccionar de un modo distinto frente a la misma intervención.

Esta argumentación la recoge, entre otros, MARTIN VELARDE cuando señala que tanto en el ámbito de la medicina satisfactiva estética como en otros, en la actuación médica *incide el componente aleatorio* y la forma en que cada persona reacciona a un

⁶⁴² A este respecto, señala BUSTO LAGO que la actuación "*habrá de ser adecuada a las reglas de la ciencia o de la técnica de la que es perito, de manera que el canon de diligencia exigible no viene representado por la diligencia del buen padre de familia, sino por las reglas propias del arte o profesión de que se trate*". Vid. BUSTO LAGO, José Manuel, *op. cit.* Pág. 3342 - 3343.

⁶⁴³ Estudiando el ámbito de la medicina curativa, SÁNCHEZ GÓMEZ, señaló al respecto del componente aleatorio "*el carácter aleatorio que reviste la obtención del resultado, esto es, la curación del paciente, ha sido tenido en cuenta por la doctrina para conceptualizar la obligación de asistencia médica como de medios*". Vid. SÁNCHEZ GÓMEZ, Amelia, *Contrato de servicios médicos... Op. cit.* Pág. 114.

tratamiento o intervención, elementos que según la autora dificultan la calificación de los actos médicos como obligaciones de resultado⁶⁴⁴.

Sin embargo, la referida autora, pese a no aceptar absolutamente que los actos médicos de satisfacción sean identificados con las obligaciones de resultado, reconoce en la misma obra que todas las intervenciones médicas - las curativas y las estéticas - tienen algunas obligaciones subsumidas que sí que son de resultado, por ejemplo las obligaciones inherentes al consentimiento informado y otros deberes como acudir a las citas concertadas, emitir diagnósticos y otros. La autora los considera "*deberes auxiliares de conducta que no solamente exigen una actuación diligente, dado que su cumplimiento conlleva la obtención de un concreto resultado*"⁶⁴⁵, en nuestra opinión, estos deberes auxiliares que refiere la autora, pueden encajar con las obligaciones de seguridad, que fueron definidas en apartados previos del presente capítulo⁶⁴⁶.

Coincide en esgrimir el argumento de la aleatoriedad VÁZQUEZ BARROS, que alega además que debe tenerse en consideración para *no poder considerar que estamos ante obligaciones de resultado* el hecho de que los humanos *somos seres mortales* y el estado actual de la ciencia⁶⁴⁷. Sin embargo, en nuestra opinión, pese a que es indiscutible que la ciencia avanza a una velocidad de vértigo, esto podría considerarse en positivo para ver la posibilidad de que ciertas intervenciones, precisamente por lo que ha avanzado la ciencia, puedan considerarse muy consolidadas y, aunque es innegable que *todos somos humanos* y que existe cierto grado de aleatoriedad en las prácticas médicas, los avances científicos, bien utilizados, pueden ayudar a que en ocasiones lo aleatorio sea verdaderamente poco o insignificante, en comparación con el

⁶⁴⁴ Dice literalmente la autora: "*ciertamente, tanto en el ámbito de la cirugía estética o reparativa, como en el de las intervenciones quirúrgicas tendentes a anular la capacidad reproductiva, o en el de prótesis dentales o los implantes capilares - por citar los supuestos sobre los que hallamos mayor número de pronunciamientos de los tribunales relativos a la medicina voluntaria -, en la actividad del facultativo también incide el componente aleatorio y el factor reaccional individual, elementos que en puridad dificultan <<a priori>> calificar la obligación que asume el médico en la llamada medicina voluntaria como obligación de resultado*". Vid. MARTIN VELARDE, Asunción, "Obligación de actividad versus obligación de resultado en la actividad médica curativa y/o asistencial." en LLEDÓ YAGÜE, Francisco; MORILLAS CUEVAS, Lorenzo (Dirs.), *Responsabilidad médica civil y penal por presunta mala práctica profesional. (El contenido reparador del consentimiento informado)*. Ed. Dykinson. 2012. Madrid. Pág. 57.

⁶⁴⁵ *Cit supra*. Pág. 63.

⁶⁴⁶ Vid. apartado 3. letra c) del presente Capítulo III.

⁶⁴⁷ VÁZQUEZ BARROS, Sergio, *Responsabilidad civil de los médicos. Doctrina, Legislación Básica, Jurisprudencia, Formularios y Bibliografía*, Ed. Tirant lo Blanch. Tratados. 2009. Valencia. Pág. 23.

grueso de la práctica y con el pacto que, para que se lleve a cabo la actividad médica, realizan las partes.

Además, en este caso también sucede que el autor se acaba *retractando en parte* al exponer lo siguiente: "*[en los actos] en que la medicina tiene un carácter meramente voluntario; es decir, en los que el interesado acude al médico, no para la curación de una dolencia patológica, sino para el mejoramiento de su aspecto físico o estético o, como por ejemplo para mejorar la estética, para la transformación de una actividad biológica (la sexual), etc., de forma tal que no por ello el contrato pierde su carácter de arrendamiento de servicios, que impone al médico una obligación de medios, se aproxima ya de manera notoria al de arrendamiento de obra, que proporciona la exigencia de una mayor garantía en la obtención del resultado que se persigue, ya que, si así no sucediera, es obvio que el interesado no acudiría al facultativo para la obtención de la finalidad buscada*"⁶⁴⁸.

Así, como vemos, existen argumentos que hablan de la aleatoriedad de las intervenciones, de la realidad biológica y la condición mortal de los humanos, del estado de la ciencia y de otros considerandos para entender que los profesionales no se obligan más que a una relación de medios aun así, como veremos a continuación, no hay forma de justificar cómo es posible que se realicen tantas intervenciones estéticas, si los resultados perseguidos no pueden ser garantizados, ni tan siquiera mínimamente. Tampoco encontramos una completa justificación argumental de qué sucede con la autonomía de la voluntad contractual de las partes y en qué medida la misma puede configurar obligaciones con un alcance más completo de lo que el componente aleatorio y la doctrina y jurisprudencia permiten entender.

Todo ello porque, como señala JIMÉNEZ HORWITZ, siempre existe un resultado en la mente de las partes contractuales, especialmente en la del acreedor, lo que sucede es que en este tipo de contratos con obligación de actividad, el resultado que se pretende no forma parte del objeto de la prestación (que es realizar el servicio)⁶⁴⁹.

⁶⁴⁸ Cit. *Supra*. Pág. 38 - 39 (Subrayado del fragmento propio).

⁶⁴⁹ Señala la autora: "*el cliente siempre está interesado en poder lograr o realizar un determinado objetivo o finalidad que, en ocasiones, se denomina el interés primario del acreedor que subyace en la constitución de la relación contractual. Pero la realización de este objetivo o finalidad no es objeto de la prestación de actividad. No se incluye en el programa de prestación*". Vid. JIMÉNEZ HORWITZ, Margarita, *op. cit.* Pág. 559.

4.3. Giros jurisprudenciales y la salomónica solución: La promesa de resultado en los actos médicos de satisfacción, una cuestión superada

En nuestra opinión, la mayoría de estudios doctrinales, teóricos, monográficos, jurisprudenciales, o de cualquier otro tipo, que haya analizado la cuestión de las relaciones de medios y de resultado, sea llamándole así, o sea analizándolo como conflicto o distinción entre contratos de obra y contratos de prestación de servicios hubiera finalizado su trabajo en el apartado inmediatamente anterior al presente, si acaso incluyendo al final una breve conclusión aludiendo a las clases de actuaciones que, por defecto, se consideran de servicios y las que se consideran contratos de obra. Sin embargo, en esta forma de exponer el conflicto radica el hecho de que el conflicto sobreviva hasta nuestros días y es nuestra voluntad la de aportar más argumentos y una forma personal de analizar la cuestión, que nos pueda ayudar a superar o, como mínimo, a mitigar su efectos.

Por ese motivo, se incluyen el presente apartado y los dos siguientes en la presente tesis, para que podamos ampliar nuestras herramientas y poder ofrecer una vía de resolución o quizá, una forma de evitar o sortear el conflicto al respecto del alcance de las obligaciones. Pero lo hacemos centrándonos ya de lleno en el conflicto de *obligación de medios vs obligación de resultados* cuando el contrato que debe caracterizarse o interpretarse es el celebrado por un médico y un cliente que pretendía la realización de actos médicos de satisfacción.

Lo primero que consideramos oportuno realizar es un análisis de la evolución jurisprudencial, donde podamos observar con qué argumentos o líneas jurisprudenciales se ha ido resolviendo, a lo largo de los tiempos, los conflictos entre los profesionales sanitarios especialistas en medicina estética y sus clientes. Para poder expresar, como señala SILLERO CROVETTO, que la jurisprudencia al tratar casos de medicina voluntaria ha ido suavizando la exigibilidad del resultado⁶⁵⁰.

Vamos a realizar el análisis de la evolución o argumentación jurisprudencial a través de Sentencias del Tribunal Supremo, comprendidas entre el año 1950 y el año 2016, que hemos considerado oportuno agrupar en atención a la postura argumental que

⁶⁵⁰ Señala la citada autora, la evolución que se produce en las SSTS 25 de abril de 1994, 11 de febrero de 1997, 7 de abril de 2004, 21 de octubre de 2005, 4 de octubre de 2006 y 23 de mayo de 2007, todas ellas analizadas en nuestro estudio. SILLERO CROVETTO, Blanca en CAMAS JIMENA, Manuel, *op. cit.* Pág. 152.

se defiende en ellas. Este mismo estudio ha sido realizado por GALÁN CORTÉS en su obra *Responsabilidad civil médica*, sin embargo, nuestras conclusiones son algo distintas y nuestra división por etapas también⁶⁵¹.

a) Años 1950 a 2004. Desde el contrato de servicios con obligación intensificada al contrato de obra con obligación de resultado

La primera resolución del Sumo Tribunal, con la que iniciamos la evolución jurisprudencial es la Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de marzo de 1950⁶⁵², en esta resolución el Tribunal establece que "*el convenio que celebraron [las partes] era de una operación de cirugía estética con el propósito de rectificar defectos corporales de forma, con lo que tiene más aspecto de contrato de obra que de arrendamiento de servicios y no dio fin de embellecimiento que se perseguía*"⁶⁵³. Resulta significativo que se vincule o asimile este tipo de actuación médica al contrato de obra y como señala GALÁN CORTÉS, es una sentencia pionera en este aspecto⁶⁵⁴.

Sin embargo, en este caso, el Tribunal no condenó a los profesionales porque se consideró que el resultado de la intervención, no estaba vinculado con la culpa de los profesionales, y el objetivo pretendido no pudo obtenerse debido a una infección que padeció la persona contratante de los actos médicos de satisfacción, infección que no puede atribuirse a la actuación de los profesionales. Es decir, se considera que el contrato tiene más aspecto de contrato de obra que de arrendamiento de servicios, pero a continuación se opina que aún teniendo en consideración esa idea, y pese a que el resultado no se obtuvo, no puede culparse de ello a los profesionales, dado que hubo una causa externa - la infección contraída por la persona interesada - que impidió el resultado.

⁶⁵¹ Puede compararse si se acude a la obra de GALÁN CORTÉS, Julio César, *Responsabilidad civil médica*. Ed. Thomson Reuters - Aranzadi. 5ª Edición. 2016. Cizur Menor, concretamente a las páginas 150 y siguientes.

⁶⁵² Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 21 de marzo de 1950. Ponente D. Acacio Charrín y Martín Veña. RJ\1950\394. (Ya fue referida en el apartado 1.1 del Capítulo I).

⁶⁵³ El subrayado del fragmento es propio, para resaltar la idea del Tribunal.

⁶⁵⁴ GALÁN CORTÉS, Julio César, *Responsabilidad civil...* 5ª Edición. *op. cit.* Pág. 151.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de abril de 1991⁶⁵⁵, analiza un caso en que intervenciones con finalidad estética de mejoría de una deformación de una mujer terminaron provocando una deformidad mayor "asimetría de la cara" y una parálisis triangular de los labios por lesión quirúrgica. En este caso, el TS condenó al profesional por la no obtención de un resultado que se consideró garantizado o prometido por el deudor de la intervención a su cliente.

El Tribunal señala, en el Fundamento de Derecho Segundo que:

"(...) es decisivo, por tanto, determinar si el Dr. G. M. actuó culposa o negligentemente, y el hecho que se declara probado en la sentencia, relativo a que aseguró a la paciente su mejoría mediante intervenciones quirúrgicas, no significa, en la perspectiva del litigio, otra cosa sino que o bien incurrió en un error profesional culposo al comprometerse a mejorar a la paciente o, si esto era en realidad lo previsible, no realizó correctamente la operación y, por tal razón, no se obtuvo el resultado esperado, sin que lo dicho signifique, en modo alguno, que la actividad medica haya de obtener en todo caso la recuperación o mejoría del enfermo - obligación de resultado- sino que lo rechazable es que se comprometa a un buen fin de la operación y ésta no sólo no lo consiga sino que incluso empeore la situación del paciente, razonamiento que cobra un mayor sentido en casos como el presente, en que se trata de corregir una deformidad sin que la operación fuera estrictamente necesaria"⁶⁵⁶.

Esta Sentencia nos parece relevante porque analiza de forma conjunta dos cuestiones que serán esenciales, la primera de ellas es la promesa de resultado, cuestión que volverá a verse en múltiples sentencias pero años después, y que el tribunal utiliza para considerar que el médico estaba obligándose a conseguir un resultado; el segundo argumento es concordante con la Sentencia de 1950 analizada, y es que cuando las intervenciones no son estrictamente necesarias - por no ser curativas, sino de satisfacción - la obligación del profesional se asimila más a la obligación de resultado, pese a que se observan claras reticencias en el Tribunal a ser absolutamente tajante en este extremo, pues se dice, como hemos visto en la cita literal anterior "*sin que lo dicho signifique, en modo alguno, que la actividad médica, haya de obtener en todo caso la recuperación o mejoría del enfermo*" esta expresión, parece posicionar al Tribunal en la posición en la que la obligación de medios será la regla general, aceptando que en

⁶⁵⁵ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 16 de abril de 1991. Ponente D. Teófilo Ortega Torres. RJ\1991\2697.

⁶⁵⁶ En este fragmento literal, solo se ha añadido el subrayado, con el objetivo de resaltar los dos argumentos.

algunos casos, se pueda vincular el profesional a la obtención de un resultado concreto, especialmente en los casos en que exista una *obligación de medios intensificada*, como en los casos de actos médicos de satisfacción.

Sobre la relación de medios intensificada también se posiciona a favor de su existencia en ciertos casos la Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de abril de 1994⁶⁵⁷, que en el Fundamento de Derecho Tercero establece:

"(...) en aquellos otros [casos] en los que la medicina tiene un carácter meramente voluntario, es decir, en los que el interesado acude al médico, no para la curación de una dolencia patológica, sino para el mejoramiento de un aspecto físico o estético o, como en el estudiado en los presentes autos, para la transformación de una actividad biológica -la actividad sexual-, (...), sin perder su carácter de arrendamiento de servicios, que impone al médico una obligación de medios, se aproxima ya de manera notoria al de arrendamiento de obra, que propicia la exigencia de una mayor garantía en la obtención del resultado que se persigue, ya que, si así no sucediera, es obvio que el interesado no acudiría al facultativo para la obtención de la finalidad buscada".

En este caso - que versa sobre una vasectomía tras la cual el intervenido volvió a ser fértil - se consideró, como podemos ver de forma evidente, que la obligación del profesional debía asemejarse a las que se establecen cuando se perfecciona un contrato de obra, pero el motivo fundamental por el que se condenó al profesional es la falta de información terapéutica⁶⁵⁸, porque se considera que, además de la falta de obtención del resultado pretendido (esterilidad), no se informó adecuadamente al perjudicado, de la existencia de posibilidades de recanalización de sus conductos tras la vasectomía, ni de las medidas adicionales de protección que debía tener en consideración, si deseaba asegurarse de no volver a concebir. En este caso, podemos ver dos motivos de condena, el fundamental la falta de información y, además, al aproximarse según el TS estos casos a los arrendamientos de obra, el resultado fallido de la intervención, también supone un motivo de condena al profesional.

⁶⁵⁷ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 25 de abril de 1994. Ponente D. José Luis Albácar Lopez. RJ\1994\3073. Ya referida en apartado 1. del Capítulo I de la presente investigación.

⁶⁵⁸ Tal y como señala GALÁN CORTÉS, *op. cit.* Pág. 153.

Coincide con esta argumentación - y de hecho la reproduce literalmente -, asimismo, la Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de junio de 1997⁶⁵⁹, que en el Fundamento de Derecho Quinto establece que:

"(...) ha de reconocerse que el contrato que tiene por único objeto la realización de una operación de cirugía estética participa en gran medida de la naturaleza del arrendamiento de obra, como ya apuntó esta Sala en su vieja Sentencia de 21 marzo 1950 (RJ 1950\394) y ha vuelto a proclamarlo en la reciente de 25 abril 1994 (RJ 1994\3073)".

En este caso, se enjuiciaba una intervención estética de *lifting facial*, en la que el intervenido falleció tras una serie de complicaciones postoperatorias. Se considera en este caso que varios problemas de información, no solo entre el profesional y el cliente, sino también entre el profesional y el resto de profesionales que trataron al perjudicado, fueron los motivos que impidieron que las actuaciones se realizaran correctamente. En esta Sentencia se considera que el resultado pretendido se obtuvo, pues el fallecimiento del paciente no está vinculado a la falta de resultado en el *lifting*, sino a problemas postoperatorios, y a la falta de observancia de los antecedentes del paciente, que eran conocidos por el cirujano y que no fueron informados al resto de profesionales, lo que derivó en una *praxis* que no solo no mejoró al intervenido, sino que le provocó complicaciones graves y el posterior fallecimiento.

El mismo año 1997, el TS analizó en la Sentencia de 2 de diciembre de 1997⁶⁶⁰, un caso en el que se sometió a una menor a una intervención para alargar sus piernas - cirugía de alargamiento tibial -, y que así alcanzara una estatura de algo más de un metro y medio, tratamiento que finalizó provocando enormes lesiones a la joven tras más de cuatro años de continuas intervenciones. En el Fundamento de Derecho Tercero el tribunal establece (tras repasar sentencias de casos anteriores):

"(...) la idea que se mantiene es que la obligación no es la de obtener un resultado (en este caso, la salud del paciente), sino la de prestar el servicio más adecuado en orden a la consecución de un resultado. El resultado siempre está presente en la obligación; en la de actividad, ésta es el objeto de la obligación; en la de resultado, su objeto es el resultado mismo. Ello implica dos consecuencias: la

⁶⁵⁹ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 28 de junio de 1997. Ponente D. Francisco Morales Morales. RJ\1997\5151. Ya analizada en el apartado 4.1. del Capítulo II de la presente investigación.

⁶⁶⁰ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 2 diciembre 1997. Ponente D. Xavier O'Callaghan Muñoz. RJ\1997\8964.

distribución del riesgo y el concepto del incumplimiento, total o parcial, siendo este último el llamado también cumplimiento defectuoso. El deudor de obligación de actividad ejecuta la prestación consistente en tal actitud y cumple con su ejecución adecuada y correcta; el deudor de obligación de resultado, ejecuta la prestación bajo su propio riesgo, ya que tan sólo hay cumplimiento si se produce el resultado" y continúa señalando que: "En el presente caso, como apunta la sentencia de instancia, el tratamiento que sufrió la demandante no tenía una finalidad curativa, sino se comprende en la llamada medicina voluntaria, que se califica de contrato de obra y, en todo caso, la obligación del médico es de resultado, no de actividad"⁶⁶¹.

Observamos como en este caso el TS va un paso más allá y no solo aproxima la obligación del profesional a la obligación de resultados, pero entendiendo que el contrato es un contrato de servicios, sino que considera que el contrato es un contrato de obra y que la obligación del médico es de resultado y no de actividad, motivo por el que se condena al profesional, que no ha cumplido con el objeto de la obligación presumiendo su culpa⁶⁶².

En el año 2001 el Tribunal Supremo resolvió mediante Sentencia de 11 de mayo de 2001⁶⁶³, nuevamente un caso de vasectomía fallida - como el de la Sentencia de 1994 anteriormente analizada -, y en su Fundamento de Derecho Sexto *in fine* se vuelve a incidir sobre la relación, que el Tribunal encuentra que existe, entre la voluntariedad de la intervención y la intensificación de las obligaciones del profesional, aproximando de manera notoria la relación, *sin que pierda su carácter de arrendamiento de servicios*, al contrato de obra lo que "*propicia la exigencia de una mayor garantía en la obtención del resultado que se persigue*". Lo que en opinión del TS obliga a que se informe al cliente (no ya paciente dice en el Fundamento de Derecho Sexto) de las posibilidades de que la intervención no comporte el resultado pretendido.

Pese a que la intervención sobre la que se resuelve - una vasectomía - no tiene finalidad estética, el Tribunal engloba todas las intervenciones voluntarias en la misma categoría, así que este argumento podía aplicarse tanto a los actos médicos de satisfacción con finalidad estética como a aquellos que son actos médicos de satisfacción pero no tienen esa finalidad embellecedora, como es el caso de las intervenciones para alterar aspectos biológicos, como la concepción.

⁶⁶¹ El subrayado del fragmento es propio, con el objetivo de resaltar la postura del tribunal.

⁶⁶² Así también lo considera GALÁN CORTÉS, *op. cit.* Pág. 155.

⁶⁶³ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 11 de mayo de 2001. Ponente D. Luis Martínez-Calcerrada y Gómez. RJ2001\6197.

En este caso concreto se consideró que se había informado correctamente y que, pese a no haberse obtenido el resultado pretendido, no cabía indemnizar a los perjudicados. Sin embargo, hemos considerado oportuno citarla, por la argumentación que realiza y que se ha extraído de ella.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de julio de 2003⁶⁶⁴ reincide sobre la consideración en la que se expone que las intervenciones de medicina voluntaria participan en gran medida de la naturaleza de contrato de arrendamiento de obra y haciendo alusión directa a las SSTS 21 de marzo de 1950 y 25 de abril de 1994, ya referidas en el presente apartado. En este caso en concreto, se estaba enjuiciando los daños derivados de una intervención quirúrgica de corrección de senos (o corrección mamaria), en la que el Tribunal considera que se infringió el deber de información, pues se había informado a la demandante en un momento anterior, en el que por primera vez se interesó por esa intervención, tras esa información, la intervención no fue contratada, sino hasta varios años después, esta falta de información supone una vulneración de la *lex artis*, de igual modo que el propio resultado de la intervención, que provocó la fealdad de los senos de la intervenida, al generar grandes cicatrices en los pechos, muy visibles. Como ya se criticó al analizar esta STS en el Capítulo II, esta resolución no es clara al señalar el motivo exacto por el que condenó al profesional, y parece que se trata de una mezcla de circunstancias concurrentes que se dieron en el caso concreto.

Nuevamente haciendo alusión a las SSTS de 21 de marzo de 1950 y de 25 de abril de 1994, es innegable su relevancia, dado que incluso encontramos resoluciones en las que se alude a sus fundamentos jurídicos, pese a estar dentro del ámbito de la medicina curativa (o curativa y reconstructiva), como sucede en la Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de marzo de 2004⁶⁶⁵, que resuelve un caso en que se estaba tratando a un menor en urgencias tras haber padecido una caída en bicicleta que dañó de forma severa su boca. En el Fundamento de Derecho Segundo de esta STS, el Sumo Tribunal señala en qué casos cabe que se invierta la carga de la prueba y establece que:

"(...) en sede de responsabilidad médica, tanto contractual como en la extracontractual, la culpa así como la relación de causalidad entre el daño y el mal del

⁶⁶⁴ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 22 de julio de 2003. Ponente D. Alfonso Villagómez Rodil. RJ\2003\5391. Ya mencionada en el Capítulo II, apartado 4.1 de la presente investigación, por sus argumentos al respecto de la información.

⁶⁶⁵ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 26 de marzo de 2004. Ponente D. Clemente Auger Liñán. RJ\2004\1668.

paciente y la actuación médica, ha de probarla el paciente. Esta doctrina sobre la carga de la prueba se exceptiona en dos supuestos, amén de cuando el propio Tribunal de Instancia ya lo haya probado: 1º. Cuando por la práctica de una intervención quirúrgica reparadora o perfectiva el paciente es cliente y la obligación ya es de resultado por ubicarse el acto médico en una especie de «locatio operis» (Sentencias de 25 de abril de 1994 y 11 de febrero de 1997); 2º. En aquellos casos en los que por circunstancias especiales acreditadas y probadas por la instancia el daño del paciente o es desproporcionado(...)"⁶⁶⁶.

Así, observamos como la STS, que no estaba resolviendo ninguno de los supuestos en los que, cabe la inversión de la carga probatoria, niega a los padres del menor la inversión de la carga de la prueba, considerando que al estar ante un caso de medicina curativa el mismo no es aceptable.

b) Años 2005 a 2009. Cambio de perspectiva y el auge de la *promesa de resultado*

A partir del año 2005 observamos en las resoluciones del Tribunal un cambio de parecer que gradualmente se aleja de la realidad que se había alcanzado a finales de los años 90 del siglo XX e inicio de los años 2000. Como hemos visto, en la etapa anterior se consideraba, que la relación entre profesionales médico-estéticos y sus clientes podía obligar a la obtención de un determinado resultado, bien por considerarse en algunos casos que se estaba ante un contrato de arrendamiento de obra, bien por considerarse que pese a que no se estaba ante uno de esos contratos, en la medicina voluntaria la obligación de los profesionales se aproximaba a la obligación de resultado o, finalmente, porque se entendía que las obligaciones eran de medios muy intensificados, aproximándose ciertamente a la obligación de resultado.

Entre los años 2005 y 2009 se produce un giro argumental que poco a poco va virando desde esa postura de intensificación de la obligación de medios (e inversión de la carga probatoria en los casos de medicina voluntaria), a considerar que la actuación médica es un contrato de medios donde, en todo caso, debe observarse caso por caso - *ad casum* -, para ver si el profesional realizó una *promesa de resultado*, en cuyo caso sí que podrá considerarse que el alcance de la obligación del profesional es el resultado contratado (prometido). La promesa de resultado pasa a ser el instrumento que decidirá

⁶⁶⁶ Subrayado propio del fragmento.

si la obligación del profesional debía entenderse de actividad diligente o como de resultado concreto.

En la Sentencia de 21 de octubre de 2005⁶⁶⁷ el Tribunal resuelve sobre unas cicatrices que loideas aparecidas tras una intervención láser que pretendía ocultar unas pequeñas marcas del rostro de la afectada. Pues bien, sobre el alcance de la obligación, en el Fundamento de Derecho Tercero se establece literalmente que:

*"(...) en cuanto a tal aspecto del «thema decidendi» hay que descartar, en primer lugar, que haya existido un «aseguramiento del resultado» por el médico a la paciente, el cual no resulta de la narración fáctica de la resolución recurrida, ni cabe deducirlo del hecho de que nos hallemos ante un supuesto de cirugía estética –dado que la actora se prestó a la intervención facultativa para mejorar su aspecto estético–, y por consiguiente incardinable en lo que se denomina medicina voluntaria o satisfactiva, respecto de la que se entiende que hay una aproximación al régimen jurídico del arrendamiento de obra o que se trata de una figura intermedia entre éste y el arrendamiento de servicios, porque, en cualquier caso, habrá de valorarse la existencia de los elementos de la causalidad y culpabilidad"*⁶⁶⁸.

Analizando la STS de 21 de octubre de 2005, GALÁN CORTÉS señala que en su criterio, cuando se analizan intervenciones en las que se busca un resultado concreto se puede hablar de una "<<cierta>> o relativa <<garantía>> en su obtención"⁶⁶⁹, pues encuentra que esa garantía es el motivo que llevó al cliente a contratar, sin embargo, parece que el autor considera favorable la exigencia de un cierto nivel de aseguramiento de resultado y en todo caso, si se prueba que existió ese aseguramiento, el cumplimiento de lo acordado deberá *"valorarse con mayor rigor, pero ello no cambia el carácter de la obligación de medios y no de resultado"*⁶⁷⁰.

En el caso resuelto por la STS 21 de octubre de 2005, finalmente aunque se consideró que no había existido aseguramiento de resultado, por lo que la obligación era de medios y no se consideró que existiera una falta de diligencia en la realización de la intervención, existió un motivo de condena al profesional, que tal y como señala

⁶⁶⁷ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 21 de octubre de 2005. Ponente D. Jesús Corbal Fernández. RJ2005\8547.

⁶⁶⁸ Subrayado del fragmento propio, para resaltar el argumento relativo a la promesa del resultado.

⁶⁶⁹ GALÁN CORTÉS, Julio César, "Comentario a la STS de 21 de octubre de 2005" en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*. Núm. 72. Octubre - diciembre 2006. Pág. 1443.

⁶⁷⁰ *Cit. Supra*. Pág. 1443.

GALÁN CORTÉS⁶⁷¹, es la omisión de la información necesaria para que pudiera otorgarse el consentimiento informado.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de octubre de 2006⁶⁷² resuelve un supuesto en el que el cliente acude a un centro médico especialista en intervenciones capilares donde, según el TS, parece ser que no solo no le alertaron de los posibles riesgos que podía tener la intervención (falta de información), sino que, en opinión del Tribunal, le prometieron un resultado. Así es como el Fundamento de Derecho Cuarto que establece que:

*"(...) ello supone no solo un evidente desajuste entre la intervención llevada a cabo y lo que le fue ofertado al cliente mediante la publicidad del centro, sino que viene a garantizar el resultado comprometido, con lo que se evita cualquier valoración sobre los elementos que conforman la responsabilidad que pudiera derivarse de la intervención médica sujeta, como todas, al componente aleatorio propio de la misma, para aproximarla al régimen jurídico del arrendamiento de obra y no de servicios, en el que el resultado ofertado o prometido, y no obtenido (que de otra forma no cabría deducirlo del hecho de que nos hallemos ante un supuesto de cirugía estética (STS 21 de octubre 2005), y no los medios que se ponen a disposición del paciente, sería suficiente para responsabilizar al facultativo, al margen de los elementos de la causalidad y culpabilidad"*⁶⁷³.

En este caso, lo ofertado y publicitado se considera prometido y transforma la intervención - o la aproxima, en palabras del TS - a un contrato de obra y a la obligación en una obligación de resultado.

En la Sentencia de 26 de abril de 2007⁶⁷⁴, se estudia la obligación asumida por el profesional - corregir una incurvación en el pene del cliente - y se establece en el Fundamento de Derecho Primero *in fine* que:

"(...) por lo que se deja estudiado en el presente supuesto ha habido un resultado prometido u ofertado que no se ha conseguido en la forma satisfactoria y adecuada que el interesado esperaba, pues, como queda dicho, la incurvación no se ha corregido no obstante haberse llevado a cabo dos intervenciones quirúrgicas y la segunda ya pone bien de manifiesto las deficiencias y mala práctica médica de la

⁶⁷¹ GALÁN CORTÉS, Julio Cesar, *Responsabilidad civil...* 5ª Edición. *Op. cit.* Pág. 163.

⁶⁷² Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 4 de octubre de 2006. Ponente D. José Antonio Seijas Quintana. RJ\2006\6428. Ya referida en el apartado 2 del Capítulo I de la presente investigación.

⁶⁷³ Subrayado del fragmento propio.

⁶⁷⁴ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 26 de abril de 2007. Ponente D. Alfonso Villagómez Rodil. RJ\2007\3176.

primera que no las superó, por lo que la responsabilidad del médico demandado resulta suficientemente evidenciada y el motivo procede ser estimado"⁶⁷⁵.

Es relevante apuntar la consideración del GALÁN CORTÉS al respecto de esta STS, el autor considera que en este caso concreto, no debía considerarse que estamos frente a una intervención satisfactiva, sino curativa, pues el paciente no podía tener una vida sexual sana, por la forma que tenía su miembro⁶⁷⁶.

Pese a ello, en la STS se habla de una intervención voluntaria, y además, en esta Sentencia el Sumo Tribunal retoma la línea jurisprudencial analizada en el apartado anterior (años 1950 a 2004) y en el mismo Fundamento de Derecho Primero señala que:

"(...) en estos supuestos la relación participa en gran medida del arrendamiento de obra, pues sin perder por completo su identidad jurídica de arrendamiento de servicios, se aproxima a dicho arrendamiento al presentarse como protagonista el resultado a lograr, lo que propicia la exigencia de una mayor garantía en la consecución del mismo".

Consideramos que se realiza esta alusión al ideario previo por cuanto, si se observa la existencia de promesa de resultado el contrato se considera de obra, tal y como sucedía en esos años, aunque en aquel periodo sucedía sin que se requiriera la promesa de resultado.

Sin embargo, en la Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de junio de 2007⁶⁷⁷, en la que se enjuicia un caso en el que tras una ligadura de trompas, una mujer vuelve a quedar embarazada, el Tribunal considera que no se prometió a la mujer una absoluta esterilidad, pues se le informó en el sentido de advertirle que *"el método de esterilización mencionado era el más seguro para impedir embarazos"* (FJ 3º) pero no el único, y además, ninguno de los métodos anticonceptivos es absolutamente efectivo. En su virtud, en esta STS se consideró que la información proporcionada había sido correcta, por lo que la demandante conocía que, pese a ser el método más fiable, no era absolutamente seguro que no pudiera volver a quedar embarazada, motivo por el que se entiende que no existió ninguna promesa de resultado. Y pese a que la Sentencia recoge la teoría de las sentencias referidas en el bloque anterior (entre 1950 y 2004), y literalmente cita las SSTS de 21 de marzo de 1950 y 25 de abril de 1994, en el

⁶⁷⁵ Subrayado del fragmento propio.

⁶⁷⁶ Vid. GALÁN CORTÉS, Julio Cesar, *Responsabilidad civil...* 5ª Edición. Op. cit. Pág. 165.

⁶⁷⁷ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 29 de junio de 2007. Ponente D. José Antonio Seijas Quintana. RJ\2007\3871.

Fundamento de Derecho Tercero, la solución que se aporta en este caso es que, al no existir una promesa de resultado y viendo que, previsiblemente los riesgos del embarazo hubieran existido con otros métodos anticonceptivos no cabe imputar responsabilidad a los profesionales, pues la obligación era de medios.

En la Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de noviembre de 2007⁶⁷⁸, se resuelve un caso de cirugía estética, en el que la paciente fue reintervenida por el propio profesional, al observarse el desajuste del resultado de la intervención. En el Fundamento de Derecho Tercero, después de recordar la tradicional distinción entre obligación de medios y obligación de resultados se señala que:

*"(...) los actos de medicina voluntaria o satisfactiva no comportan por sí la garantía del resultado perseguido, por lo que sólo se tomará en consideración la existencia de un aseguramiento del resultado por el médico a la paciente cuando resulte de la narración fáctica de la resolución recurrida (...). En el caso enjuiciado debe descartarse que haya existido un aseguramiento del resultado por el médico a la paciente, pues esta circunstancia no resulta de la narración fáctica de la resolución recurrida, y, según la doctrina que acaba de exponerse, no puede deducirse del simple hecho de que nos hallemos ante un supuesto de cirugía estética"*⁶⁷⁹.

En nuestra opinión, esta argumentación podría chocar con el hecho de que el propio profesional hubiera intentado en diversas intervenciones sucesivas el ajuste del resultado, es decir, en nuestra opinión, podría haberse considerado que existía un resultado prometido (aunque fuera de forma tácita), porque el propio profesional intentó en diversas intervenciones ajustar los resultados de las mismas.

Sin embargo, esta Sentencia de 22 de noviembre de 2007 supone un enorme punto de inflexión, *porque además de observar la necesidad de que el resultado se haya prometido por el profesional para que la obligación sea de resultados* (algo que no se considera que haya sucedido en este caso), *se señala que el hecho de encontrarnos ante intervenciones de medicina estética no supone que automáticamente estemos frente a resultados prometidos*, sino que se debe demostrar que el profesional se comprometió realmente a lograr el resultado, es decir, se impone la prueba de la promesa del resultado.

⁶⁷⁸ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 22 de noviembre de 2007. Ponente D. Juan Antonio Xiol Ríos. RJ\2007\8651. (Analizada en el Apartado 4.1.1. del Capítulo III).

⁶⁷⁹ Subrayado propio del fragmento.

Pese a los pronunciamientos de la STS de 22 de noviembre de 2007, encontramos la STS de 12 de marzo de 2008⁶⁸⁰, en la que sí que se consideró la existencia de una promesa de resultado, siguiendo el esquema de sentencias anteriores, como la STS de 4 de octubre de 2006.

En el caso que resuelve la STS de 12 de marzo de 2008, se considera que existe una promesa de resultado, pues la obligación entre el médico y el paciente (reparar un defecto en el maxilar superior izquierdo mediante implantes oseo-integrados) se había contratado tras haberle prometido el profesional a la persona perjudicada un resultado satisfactorio (lo que llevó incluso a la perjudicada a acudir a ese profesional, en detrimento de otros doctores consultados). Es por ello que en esta resolución, el Sumo Tribunal señala, que se aproxima *"al régimen jurídico del arrendamiento de obra y no de servicios, en el que el resultado ofertado o prometido, y no cumplimentado, y no los medios que se pusieron a disposición de la paciente, resulta suficiente para responsabilizar al facultativo del daño"* (FJ 2º *in fine*).

Y por último dentro de este apartado, y dando entrada a la doctrina que rige actualmente, encontramos la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de junio de 2009⁶⁸¹, que concluye o cierra la línea argumental de la promesa o garantía de resultado y dirige la actuación del profesional - en todo caso - hacia el contrato de prestación de servicios. Esta Sentencia podría estar incluida también dentro de subgrupo siguiente, pero hemos considerado introducirla aquí, por cuanto hace manifestaciones realmente relevantes hacia la figura de la promesa de resultado. En este caso se resuelve unos daños provocados tras la realización de una intervención de cirugía estética de mamas, en la que la perjudicada finalizó en estado de paraparesia o *síndrome de cola de caballo*, que provoca la parálisis de sus miembros inferiores (un efecto de la anestesia epidural que se utilizó en la intervención).

En el Fundamento de Derecho Primero de esta Sentencia el Sumo Tribunal señala alguna de las sentencias ya referidas en este apartado y en el anterior y las contradice rotundamente señalando que los profesionales sanitarios no pueden garantizar un resultado concreto. Dice literalmente la resolución que

⁶⁸⁰ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 12 de marzo de 2008. Ponente D. José Antonio Seijas Quintana. RJ\2008\4045. Ya analizada en el presente Capítulo III, en el apartado 1.3. letra d).

⁶⁸¹ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 30 de junio de 2009. Ponente D. José Antonio Seijas Quintana. RJ\2009\6460.

"(...) [estas sentencias] *entre otras, se refieren a una doble obligación del médico, de medios y de resultados, ya apuntada en la sentencia de 26 de mayo de 1.986. Se afirma que en la medicina llamada voluntaria, incluso curativa, la relación contractual médico-paciente deriva de contrato de obra, por el que una parte -el paciente- se obliga a pagar unos honorarios a la otra - médico- por la realización de una obra; la responsabilidad por incumplimiento o cumplimiento defectuoso se produce en la obligación de resultado en el momento en que no se ha producido éste o ha sido defectuoso. (...) La distinción entre obligación de medios y de resultados (<<discutida obligación de medios y resultados>>, dice la STS 29 de junio 2007), no es posible en el ejercicio de la actividad médica, salvo que el resultado se garantice, incluso en los supuestos más próximos a la llamada medicina voluntaria (...) la responsabilidad del profesional médico es de medios, y como tal no puede garantizar un resultado concreto*"⁶⁸².

Como veremos a continuación, esta es la línea que va seguirse en las más recientes resoluciones.

A partir de esta Sentencia de 30 de junio de 2009, y pese a que ya hay sentencias anteriores firmadas por él, todas las Sentencias del Tribunal Supremo que versen sobre obligaciones de profesionales médicos tendrán la firma del Magistrado D. José Antonio Seijas Quintana, lo que hace que se pueda hablar de su propia línea jurisprudencial, apoyada por la Sala de lo Civil, en la que, la idea de que los profesionales de la medicina puedan obligarse voluntariamente mediante contrato a lograr un cierto resultado parece no encajar con las obligaciones que el magistrado considera inherentes a la profesión médica. Prudentemente considero, y pese a que respeto y ensalzo la indudable valía y autoridad del magistrado ponente, que esta línea argumental que se inicia a final de este periodo y que llega hasta nuestros días, como veremos a continuación, choca frontalmente con el principio de autonomía de la voluntad contractual y con la realidad jurídica que vivimos, además de con las propias ofertas realizadas por los profesionales a sus *pacientes-clientes*, que podrían llevarnos a pensar, que existe cierta desconexión entre la postura que se defiende por el TS y lo que se contrata y cómo se contrata en nuestros días.

⁶⁸² Subrayados del fragmento propios.

c) Año 2009 - Actualidad. La decidida apuesta por la actividad de medios

Como hemos visto con la última STS del bloque anterior, y veremos en las que siguen en el presente apartado, a partir del año 2009 el TS ha dado un nuevo giro en la línea argumental seguida al resolver sobre actos médicos de satisfacción, para convertir su argumentación en una postura ciertamente más restrictiva, desde el punto de vista de entender que existe la posibilidad de que se pacten o prometan resultados concretos, o de que cabe que el contrato que celebren las partes incluyan dentro de sus previsiones la necesidad de que se alcance un resultado concreto.

Un exponente claro del cambio de doctrina jurisprudencial es la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de noviembre de 2009⁶⁸³, que en un supuesto de tratamiento de fertilidad del que se derivó un ictus fruto de la hiperestimulación ovárica a la que se sometió a la contratante de los servicios de fecundación asistida, el TS en este caso rechazó la posibilidad de acudir a la doctrina del daño desproporcionado médico, y también a la responsabilidad objetiva, además, tampoco se consideró que la información proporcionada hubiera sido insuficiente, motivo por el que tampoco se consideró la petición de la perjudicada de condena con apoyo en la falta de información y con la vulneración de la *lex artis*.

La STS de 20 de noviembre de 2009 establece en el Fundamento de Derecho Segundo que:

"(...) la responsabilidad del profesional médico es, por tanto, de medios y como tal no puede garantizar un resultado concreto. Obligación suya es poner a disposición del paciente los medios adecuados comprometiéndose no solo a cumplimentar las técnicas previstas para la patología en cuestión, con arreglo a la ciencia médica adecuada a una buena praxis, sino a aplicar estas técnicas con el cuidado y precisión exigible de acuerdo con las circunstancias y los riesgos inherentes a cada intervención, y, en particular, a proporcionar al paciente la información necesaria que le permita consentir o rechazar una determinada intervención. Los médicos actúan sobre personas, con o sin alteraciones de la salud, y la intervención médica está sujeta, como todas, al componente aleatorio propio de la misma".

El Tribunal considera que se pretende vincular el hecho de que el tratamiento de fertilidad no era necesario con la obligación de resultado (embarazo), algo que no cabe en este caso *"salvo que el resultado se pacte o garantice"*.

⁶⁸³ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 20 de noviembre de 2009. Ponente D. José Antonio Seijas Quintana. RJ\2010\138.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de septiembre de 2010⁶⁸⁴ resuelve un supuesto de daños derivados de intervención de cirugía estética, concretamente una abdominoplastia que resultó con cicatriz de grandes dimensiones y una enorme deformidad del abdomen del demandante.

En este caso la STS de 27 de septiembre de 2010 no solo coincide con la STS anterior, sino que reproduce literalmente parte de la argumentación de la sentencia anterior - y la cita a ella y a la de 30 de junio de 2009 vista al final del apartado anterior -, y en su Fundamento de Derecho Tercero, y en base a esa argumentación precedente, considera que el profesional médico actuó correctamente, había informado correctamente, no había prometido lograr ningún resultado y no cabe que se considere que su contrato incluía la obtención de un resultado, sino la prestación de un servicio que se considera prestado con la diligencia exigible. Es decir, vuelve a incidir en la idea que desvincula la medicina voluntaria de la obligación de un resultado, señalando que la obligación del médico es poner a disposición del paciente los medios adecuados, y en especial ofrecer la información necesaria (FJ 3º).

La Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de enero de 2011⁶⁸⁵, resuelve el caso en que una señora decidió someterse a una intervención de elevación mamaria (mastopexia), durante la intervención sufrió unas lesiones irreversibles que la condujeron a un estado de coma profundo. En este caso, se había considerado probado que las lesiones producidas a la clienta provenían del acto de la anestesia, y en el Fundamento de Derecho Segundo el Tribunal establece - hablando de las actividades de los médicos anestesistas -, "*cuya actividad no se mide por el resultado sino por la ejecución de todos los actos médicos que su técnica le exige en el cumplimiento de la lex artis anestesiológica, por cuanto no garantiza el resultado ni la eliminación de riesgos y complicaciones*". Es decir, pese a que se entiende que los padecimientos que sufrió la perjudicada se derivan de la anestesia, no se halla culpa acreditada del anestesista, en virtud de lo cual se considera que habiendo sido bien informada la clienta y habiendo realizado todas las actuaciones que correspondían al profesional, no cabe considerar que la obligación profesional es de resultados.

⁶⁸⁴ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 27 de septiembre de 2010. Ponente D. José Antonio Seijas Quintana. RJ\2010\5155.

⁶⁸⁵ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 20 de enero de 2011. Ponente D. José Antonio Seijas Quintana. RJ\2011\299.

En la Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de junio de 2013⁶⁸⁶ se produce, en nuestra opinión, otra circunstancia que merece nuestra atención. En TS resuelve en casación en un caso en que una mujer con obesidad mórbida, decidió someterse a una reducción de mamas y reducción de abdomen, se dice literalmente en la sentencia que *"su objetivo no era otro que el de corregir esos problemas físicos y mejorar su aspecto"* (FD 1º), sin embargo, el ponente, como está resolviendo sobre una persona enferma, pues la obesidad mórbida es una enfermedad, considera que en este caso no estamos ante una medicina meramente satisfactoria, sino que se producirá una mejoría psíquica y social y no solo física. En nuestra opinión, si bien es cierto que la persona está enferma (o puede que lo esté), no está acudiendo a un médico que le cure, sino que está acudiendo a una cirujana estética para reducir su estómago y su pecho, porque considera que son demasiado grandes.

Dice la Sentencia en su Fundamento de Derecho Segundo que:

"La distinción entre obligación de medios y de resultados no es posible mantener en el ejercicio de la actividad médica, salvo que el resultado se pacte o se garantice, incluso en los supuestos más próximos a la llamada medicina voluntaria que a la necesaria o asistencial, cuyas diferencias tampoco aparecen muy claras en los hechos, sobre todo a partir de la asunción del derecho a la salud como una condición de bienestar en sus aspectos, psíquicos y social, y no sólo físico. (...) Obligación suya [del médico] es poner a disposición del paciente los medios adecuados comprometiéndose no solo a cumplimentar las técnicas previstas para la patología en cuestión, con arreglo a la ciencia médica adecuada a una buena praxis, sino a aplicar estas técnicas con el cuidado y precisión exigible de acuerdo con las circunstancias y los riesgos inherentes a cada intervención, y, en particular, a proporcionar al paciente la información necesaria que le permita consentir o rechazar una determinada intervención".

Pese a que entendemos que esta resolución se produce por el cambio de consideración que el TS - especialmente en la figura del magistrado ponente D. José Antonio Seijas Quintana, como hemos visto -, está llevando a cabo, consideramos especialmente desafortunado confundir una intervención con finalidad estética con una intervención de medicina curativa. Creemos que es necesario que hagamos ciertas apreciaciones, con los mayores de los respetos. La obesidad mórbida es una enfermedad y como tal existen protocolos de intervención para tratarla, en los casos más extremos el

⁶⁸⁶ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo civil, de 28 de junio de 2013. Ponente D. José Antonio Seijas Quintana. RJ\2013\4986.

Sistema Nacional de Salud financia intervenciones de reducción de estómago o de balón gástrico, pero a personas que se encuentren en tratamiento, con control médico y fuertemente comprometidos en la lucha contra su enfermedad, es por ello que siempre se prescribe una muy importante dieta donde los enfermos pierden, mediante control de su alimentación, algo de peso para que entiendan que, tras la realización de las intervenciones curativas, deberán mantener una vida saludable, una dieta equilibrada y ejercicio físico atendiendo a sus posibilidades reales.

Sin embargo, en el caso enjuiciado en la STS de 28 de junio de 2013, por bien que la reducción de abdomen y la reducción de mamas iba a mejorar la forma de la clienta y es indiscutible que la misma iba a beneficiarse de una mejoría que aliviaría en parte su situación de salud, no podemos confundir intervenciones de medicina meramente embellecedora con intervenciones curativas.

Desconocemos si la señora intervenida a las cirugías estéticas estaba, a la vez, luchando contra su obesidad mediante tratamiento médico, pero parece lógico deducir, dado que tal extremo no aparece reflejado en la Sentencia que, o su enfermedad no estaba tan avanzada como para que interviniera el SNS y le financiaran las intervenciones, o no había conseguido controlar su alimentación y se decidió por actuar mediante medicina estética, con prácticas algo distintas a las que pautaría un profesional que trata enfermos de obesidad mórbida. Es absolutamente indiscutible que, tal y como señala el TS, si la intervención hubiera sido un éxito, la clienta hubiera obtenido un alivio psíquico y emocional además del objetivo que se perseguía que no era otro que reducir su abdomen y sus pechos, sin embargo, el resultado no fue satisfactorio, y tuvo que iniciar tratamiento con otros profesionales médicos. Por cierto, todos los que se refieren son centros y profesionales médico-estéticos y no se refiere que haya acudido a profesionales de medicina asistencial, por lo que consideramos que no es apropiada la mezcla de conceptos que hace el Sumo Tribunal sobre si se estaba realizando una intervención médica asistencial o satisfactiva. Aspecto que, por otro lado, no ha alterado la resolución del TS, pues en los casos de medicina voluntaria el Tribunal también considera que el profesional solo se compromete a los medios (como estamos observando en las más recientes sentencias analizadas), por lo que no sabemos ver la oportunidad que tenía esa afirmación.

En la Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de febrero de 2015⁶⁸⁷, en la que se resuelve sobre una cirugía estética de aumento de pecho realizada con prótesis defectuosas, el TS señala en el Fundamento de Derecho Segundo, corrigiendo a la Audiencia Provincial de Valencia que había resuelto en Segunda Instancia, que:

"(...) la sentencia de la Audiencia desconoce la doctrina reiterada de esta Sala, como si no existiera, respecto de la obligación de medios y de resultados, como criterio general (...) con cita de las sentencias de 20 de noviembre de 2009 , 3 de marzo de 2010 y 19 de julio 2013(...), dicen lo siguiente: "La responsabilidad del profesional médico es de medios y como tal no puede garantizar un resultado concreto. Obligación suya es poner a disposición del paciente los medios adecuados comprometiéndose no solo a cumplimentar las técnicas previstas para la patología en cuestión, con arreglo a la ciencia médica adecuada a una buena praxis, sino a aplicar estas técnicas con el cuidado y precisión exigible de acuerdo con las circunstancias y los riesgos inherentes a cada intervención, y, en particular, a proporcionar al paciente la información necesaria que le permita consentir o rechazar una determinada intervención".

Sin embargo, en este caso, en apreciación del defecto de información y del defecto de las prótesis utilizadas en la intervención, el TS confirmó la condena al profesional.

Para lo que nos interesa a nosotros en este apartado, debemos resaltar que la evolución jurisprudencial nos ha traído a una postura según la cual el TS considera que el profesional no puede garantizar un resultado. Exactamente el mismo argumento recoge la Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de abril de 2016⁶⁸⁸, resolviendo sobre una intervención de aumento de pecho, en su Fundamento de Derecho Segundo, hace un repaso por las Sentencias que han tratado sobre la obligación de medios y de resultados en los últimos años, algunas de ellas analizadas en el presente apartado y concluye señalando que *"la responsabilidad del profesional médico es de medios y como tal no puede garantizar un resultado concreto"*.

Resulta curioso observar como el Tribunal varía su apreciación al respecto de las intervenciones de medicina estética, y también ver como se configuró jurisprudencialmente una herramienta - la promesa de resultado - y el propio tribunal, mediante otras resoluciones pasa a obviarla e incluso a interpretarla en sentido opuesto

⁶⁸⁷ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 3 de febrero de 2015. Ponente D. José Antonio Seijas Quintana. RJ\2015\641.

⁶⁸⁸ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 13 de abril de 2016. Ponente D. José Antonio Seijas Quintana. RJ\2016\1495.

al de su nacimiento, es decir, pasa a considerar que no es posible que se prometa el resultado, pues las intervenciones médicas siempre se comprometen exclusivamente a los medios.

La conclusión a la que llegaríamos al observar esta evolución jurisprudencial, especialmente esta que llega precisamente hasta nuestros días es que, tal y como señala CRESPO MORA, en el campo de la medicina, tanto si estamos ante una actividad curativa como si estamos ante una intervención voluntaria, la regla general es entender que la obligación del médico es de medios⁶⁸⁹.

4.4. Conclusión: Superación del conflicto doctrinal y jurisprudencial, el *contrato atípico de actos médicos de satisfacción con finalidad estética*

En nuestra opinión, es verdaderamente sorprendente que un conflicto de interpretación de los contratos, y de las obligaciones que de los contratos entre profesionales médicos y clientes se derivan, haya persistido o sobrevivido por más de 70 años, y no nos parece que la solución que actualmente ha adoptado el Tribunal Supremo, negando la posibilidad de que los profesionales médicos puedan vincularse y prometer ciertos efectos (especialmente cuando del contrato o por la falta de concreción del mismo sea difícil ver el alcance de las obligaciones), sea en absoluto acertada. Es decir, consideramos que cuando no sea sencillo o posible observar qué acordaron las partes, debe ser posible entender, - en contra de lo que hemos visto que entiende el TS actualmente -, que las partes del contrato, especialmente los acreedores, buscan la prosecución de un concreto resultado, al que los profesionales sí pueden vincularse, si quieren hacerlo.

La existencia del artículo 1255 CC que establece que "*los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral ni al orden público*" posibilita que los clientes

⁶⁸⁹ Señala la autora: "*En definitiva, pues, tanto en la medicina necesaria como en la voluntaria puede afirmarse que, como regla general, la obligación del médico es de medios y, como tal, el profesional cumplirá con la ejecución del servicio respetando los criterios de la lex artis, aunque no venga acompañado del resultado perseguido por el paciente/cliente*". CRESPO MORA, M^a Carmen, "La prestación debida por el personal médico-sanitario en el ámbito de la medicina voluntaria" en *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*. Sección V. Derecho de Daños. Núm. 30. Enero - Abril de 2013. Págs. 397 - 404. (La cita se extrae de la página 401).

y los profesionales médico-estéticos puedan celebrar contratos válidos, con la sola limitación establecida en el precepto de que, todo lo que se pacte contractualmente no podrá infringir la ley, la moral ni el orden público; pues bien, consideramos que contratar un determinado resultado no puede considerarse *contra legem*, pues otros profesionales constantemente lo hacen, como es el caso de los abogados que se comprometen a emitir un dictamen o informe jurídico sobre un supuesto concreto, o los arquitectos que se comprometen a entregar unos planos de una nueva edificación a sus clientes en una fecha cierta⁶⁹⁰.

Consideramos que tiene que ser posible que los profesionales, en virtud del principio de libertad de pacto - que se consagra en artículos del CC tales como el 1255 CC ya referido -, decidan hasta qué punto se quieren comprometer con sus clientes en la realización de las actividades propias de su actividad profesional. Así, parece lógico opinar que en virtud de este principio de libertad contractual de las partes, sí quepa que los clientes de los profesionales estéticos, en el ámbito de los actos médicos de satisfacción, estén celebrando contratos donde las obligaciones sean de resultado, con independencia de que la doctrina jurisprudencial del TS sea contraria a entender que eso sea posible en los casos en que debe interpretar contratos de este tipo, y por ello es tan relevante la postura de la promesa del resultado o del resultado garantizado, pues en cuanto pueda probarse que hubo una promesa de resultado o que el mismo se ofertó o garantizó, será imposible interpretar que el alcance de la obligación es de mera diligencia.

Ello debe ser así por una cuestión lógica, pues no nos resulta factible que España continúe siendo el primer país de Europa en número de intervenciones de cirugía estética si los profesionales no pueden dar a sus clientes ciertas garantías en el resultado que las propias intervenciones persiguen.

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, en los Comentarios al CC, al hablar de la autonomía privada que se deriva del artículo 1255 CC nos da, en nuestra opinión la

⁶⁹⁰ De hecho, incluso la propia CRESPO MORA, que defiende que en la actualidad tanto en los actos médicos de satisfacción como en la medicina voluntaria la obligación del profesional es de medios (como vimos al concluir el apartado precedente) señala "*sin embargo, nada impide que se pacte con el médico una obligación de resultado, debido a los amplios márgenes de la autonomía de la voluntad que reconoce el artículo 1255 CC a los particulares. Pero solo en esta hipótesis la obligación del médico frente al paciente deberá conceptuarse automáticamente como de resultado, y ello es predicable tanto en la medicina necesaria como en la voluntaria*". Vid. CRESPO MORA, *op. cit.* Pág. 401.

clave, al señalar que el Código Civil favorece "*amplio campo que se deja a las partes para pactar todo tipo de contratos atípicos, total o parcialmente, en el ejercicio de su autonomía privada*"⁶⁹¹.

Entendemos que, cuando nos situamos ante actos médicos de satisfacción con finalidad estética estamos frente a contratos atípicos, pues no existe regulación al respecto de ellos, dado que parece evidente que no encajan en la regulación existente en el Código Civil. Este es el motivo para pensar que, cuando las partes así lo prevean, podemos considerarlos contratos de resultado obligatorio y definirlos como un contrato de prestación de servicios médicos, con una obligatoriedad en el resultado, en cierto grado, o en la medida de lo pactado, que vendría a ser un híbrido, entre el contrato de arrendamiento de obra y el de arrendamiento de servicios (o contrato de obra y contrato de servicio), pero que al no estar expresamente previsto en el ordenamiento, sería una figura contractual atípica⁶⁹².

Comprendemos que tratar sobre el cuerpo humano es complejo, y que hay ciertos resultados que incluso es mejor que no se obtengan, aunque fuera posible y el cliente los quisiera. Pero consideramos que, si nos fijamos solo en las normas que nos regulan, contractualmente se puede pactar todo aquello que no contravenga la ley, la moral ni el orden público, y prudentemente consideramos que es el profesional médico quien, por ser el que conoce el cuerpo humano, debe advertir de hasta qué punto puede ser nociva la prosecución de un resultado - o de ese concreto resultado pretendido por el cliente -, o de hasta qué punto es él mismo capaz de asegurar que va a obtenerlo. Pues si el resultado no puede alcanzarse, no hay motivo para que el cliente considere que sí es posible, pero si puede obtenerse, debería poder elegir el cliente, una vez ha sido informado por el profesional.

Parece evidente que del mismo modo opina la Sección Decimoséptima de la Audiencia Provincial de Barcelona, pues en Sentencia de 11 de febrero de 2015⁶⁹³, que señala, en su Fundamento de Derecho Cuarto, lo siguiente:

⁶⁹¹ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo, "Comentario al Artículo 1255 CC" en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo, *Comentarios al Código Civil..(op. cit)*. Pág. 1701.

⁶⁹² Aún siendo frecuente, pues la frecuencia no está relacionada con la tipicidad o atipicidad del contrato.

⁶⁹³ Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección Decimoséptima, de 11 de febrero de 2015. Ponente D^a María del Pilar Ledesma Ibáñez. AC\2015\701.

"A nuestro juicio, sobre todo en intervenciones como la que nos ocupa, que aunque tiene incidencia en la salud no es propiamente una intervención curativa, la decisión última corresponde siempre y en todo caso al paciente, mayor de edad y en plenitud de facultades, en ejercicio de su libertad y autonomía".

Asimismo, debe advertir el profesional al cliente de las posibilidades reales de que el resultado sea alcanzado en una única intervención o en más de una, y de cómo va a responder el cuerpo ante esas intervenciones, o como va a quedar el resultado en el cuerpo del adquirente del mismo.

De lo contrario, si se consagra la tendencia jurisprudencial y los profesionales no pueden, en ningún caso, prometer un resultado u ofrecer unas garantías mínimas de éxito, debe exigírseles que sean más claros con los pacientes, clientes y consumidores que pretenden las intervenciones, y que les expongan no solo que no pueden prometer la prosecución de un resultado, sino que si no lo alcanzan, el cliente no va a tener posibilidades de solicitar indemnización por el defectuoso cumplimiento, para que así sea seguro que solo las personas que aun conociendo esas informaciones quieran aventurarse, lo hagan, y no se causen daños a los clientes, mientras los profesionales siguen interviniendo sin comprometerse de forma seria. Pues uno de los errores que consideramos más significativo, es que se considera que la promesa de resultado debe ser expresa y debe probarla el acreedor del acto médico, es decir, el sujeto que no conoce el medio. Sería bueno plantear hasta qué punto puede observarse la validez de una promesa de resultado tácita, o la inversión de la carga probatoria, motivando que fuera el profesional quien debiera probar que el mismo no fue prometido, y pese a ello el cliente pretendió la intervención.

Observar la realidad social y ajustar las normas a ella debería ser una prioridad de todos, no parece lógico que se fueren situaciones donde unos profesionales, para luchar contra la competencia de sus colegas de sector, puedan ofertar aspectos que judicialmente se tendrán por no ofertados. Es cierto que los clientes deben además exigir contratos mejor celebrados y estar más pendientes de los que se celebran, pero consideramos fundamental que, cuando un contrato no se ajuste a la realidad normativa, no se fuerce la máquina para intentar que quepa en una norma desfasada o en corrientes jurisprudenciales cambiantes, que le dan la razón a unos y se la quitan a otros en casos prácticamente idénticos, según lleguen a ser enjuiciados en un momento u otro, con pocos años de diferencia entre ellos. Pues además de generar una enorme inseguridad

jurídica, es extremadamente injusto que dos situaciones prácticamente idénticas sean resueltas en sentidos diametralmente opuestos.

Consideramos que coincide con nuestro ideario BLANCO PÉREZ-RUBIO al señalar que *"lo importante es atender a la relación concreta de que se trata y si en la misma ha habido contrato (que en estos supuestos suele ser más frecuente que en otras intervenciones médicas) o no y al contenido del mismo. Habría que estar, por tanto, a los términos convenidos para calificar el contrato de obra o no"*⁶⁹⁴. Además, la autora refiere la existencia de una postura que denomina ecléctica, y con la que también coincidimos, se trata de aquellos autores que todavía consideran que existe un plus de garantía, pero no referido a la información que debe proporcionarse a los clientes, sino que consideran que *"cuando la finalidad de la intervención es meramente estética el médico, o bien asume una obligación de resultado, garantizando el logro de dicha finalidad, o bien incurre en una <<culpa in contrahendo>>, por cuanto que se hace cargo, sin una necesidad perentoria, o sea, temerariamente, de una obligación superior a sus fuerzas, y provoca un riesgo o peligro evitable con solo dejar de operar"*⁶⁹⁵.

Vamos a desarrollar las ideas precedentes, pues consideramos que pueden constituir, en parte, nuestra personal aportación al conflicto analizado. Como hemos referido, el artículo 1255 CC establece el muy consagrado principio de autonomía contractual de las partes, además, se ha expuesto que el *animus contrahendi* es uno de los aspectos que se incorporan al contrato, esto es, la voluntad de las personas que contratan, su intencionalidad y el hecho de que acudan a un sujeto en concreto para alterar cierto aspecto de su anatomía, debe tenerse en cuenta. Puede suceder que en el contrato no se hable de qué forma contractual se celebra (arrendamiento de obra, de servicios, contrato atípico,...) ni de que estamos ante una obligación de resultado, y puede suceder también, que los profesionales sepan que mientras no aparezca literalmente la promesa de resultado - y quizá aún apareciendo, según la doctrina más reciente del Tribunal Supremo -, pueden prometer (tácitamente) lo que quieran a sus clientes, para animarlos a intervenir y, con posterioridad, incumplir en su *praxis* todo lo expresado y que los tribunales los defiendan⁶⁹⁶, considerando que mientras el

⁶⁹⁴ BLANCO PÉREZ-RUBIO, *Op. cit.* Pág. 35. Personalmente, más que hablar de contrato de obra, consideraríamos más oportuno haber hablado de obligación de resultado, pues hemos visto que el contrato celebrado se ajusta poco a la regulación tan arcaica del CC.

⁶⁹⁵ *Cit. Supra.* Pág. 34.

⁶⁹⁶ Es cierto que durante muchos años el Tribunal Supremo, por razones de justicia material, ha

perjudicado no pueda demostrar la existencia de una promesa de resultado, el profesional no puede ser obligado a obtenerlo.

Por todo ello observamos con perplejidad como se está consagrando una salvaje desprotección del ciudadano que decide intervenir una parte de su cuerpo. Observamos que es sencillo - pues no lleva más de cinco minutos - hallar un profesional interesado en realizar esa intervención, y que además, el profesional que encontremos nos ofrecerá estudios, visitas gratuitas, simulación en tres dimensiones e imágenes que enseñarán a todos los interesados su *aspecto futuro*. Esta realidad nos resulta chocante con la segunda parte, y es que, si algo sucede, y el resultado no es el que se comentó, o mejor, el que llevó al interesado a realizar el contrato, no sucederá nada al profesional, que en puridad estará engañando al cliente. Si esto es así, si se puede provocar el error en el cliente, consideramos que el contrato podría nacer viciado, pues se habría obtenido el consentimiento contractual del cliente mediando engaño al respecto de las verdaderas consecuencias y efectos que el mismo podría llegar a producir. Quizá es esa una vía a explorar, viendo que la jurisprudencia no pretende entender que la promesa del resultado se encuentra implícita.

Además, en algunos casos, no solo se podría provocar un error en el consentimiento, sino que se podría entender que hay un engaño doloso para forzar que el cliente contrate y, podría considerarse que el consentimiento contractual es inválido, conllevando la anulabilidad del contrato, con efectos sobre la responsabilidad civil e incluso en alguna situaciones penal de los profesionales que hubieran engañado a sus clientes.

En nuestra opinión el Tribunal Supremo mantenía una postura lógica en Sentencias como la STS de 26 de marzo de 2004⁶⁹⁷, o la de 22 de junio de 2004 que recoge - como coinciden en señalar asimismo MAGRO SERVET y SILLERO CROVETTO -, que "*cuando se trata de cirugía voluntaria, en la medida que el*

objetivado la culpa y ha concedido muchas indemnizaciones a afectados por prácticas aparentemente dañinas que no habían probado la culpa de los profesionales y que ello no es jurídicamente deseable, pues las acciones deben promoverse y sustentarse correctamente atendiendo al Derecho vigente, pero tampoco consideramos correcto que, además de abandonar la senda de la justicia material en pro de los consumidores se instaure la jurisprudencia en la senda de la defensa por todos los medios de la indemnidad de profesionales médicos, considerando que no es posible que realicen promesas de resultado, cuando de no hacerlas, no tendrían clientes sobre los que actuar, o su número, cuando menos, disminuiría muy significativamente.

⁶⁹⁷ Analizada en la letra a) del apartado anterior.

*paciente va a obtener un resultado concreto y paga por ello, firmando un contrato, lo que está solicitando es ese resultado y no otro cualquiera de ahí que los fallos o errores o incidencias que existan o surjan en el proceso de intervención médica tengan menos <<disculpa>> que en los casos de medicina curativa, ya que, en estos casos, lo que se persigue, o se debe buscar por el equipo médico, es la obtención del resultado que se busca, y de los cuidados, actividades y análisis que resulten precisos para el mayor aseguramiento del éxito de la intervención. De ahí que la influencia de la tecnología y su exigencia en la posible responsabilidad es mayor que en la curativa, por cuanto se contrata un resultado esperado y ofrecido"*⁶⁹⁸.

Teniendo en cuenta el *animus* esto es, la voluntad de las partes en el momento de perfeccionar el contrato, que forma parte del contrato por ser uno de los elementos que se integran en el mismo, debemos analizar la relación teniendo en consideración que, el cliente contrata porque quiere que el resultado se obtenga, y cuanto más compleja sea la intervención, más advertencias deberían darse a los que las soliciten, especialmente si la obligación de los médicos va a limitarse a observar la diligencia profesional y las reglas de la *praxis* médica.

Como puede denotarse de lo que se ha leído hasta el momento, la postura que defendemos es que los médicos estéticos sí pueden obligarse a un determinado resultado en este tipo de actuar médico. Por muchos y muy distintos motivos, especialmente:

- Por cuanto el acto médico es de satisfacción, la medicina que no sana, no puede ser de medios, es insuficiente obligarte solo a un cierto actuar - a los medios -, si pretendes satisfacer de veras, la satisfacción no puede asumirse sin cierta obtención de resultado. Una intervención médica con finalidad estética, no se contrata si no se pretende alterar alguna parte de la fisonomía. No se contrata *por probar* y, en consecuencia, no existiría un negocio de dimensiones tales, y en ningún caso los profesionales estéticos gastarían dinero en promocionarse, ni en caros estudios de tres dimensiones que sirven para enseñar al cliente dubitativo los éxitos que puede obtener con la intervención, o no pactarían ventajosas financiaciones con clientes y financieras privadas, para hacer *más accesibles* sus intervenciones. Considerar que los profesionales médico estéticos solo se obligan a los medios, pese a los argumentos expuestos supone

⁶⁹⁸ La cita completa se encuentra en SILLERO CROVETTO, Blanca, en la obra de CAMAS JIMENA, Manuel (dir.), *op. cit.* Pág. 155. Ambos autores en todo caso, se refieren a la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 22 de junio de 2004. Ponente D. Francisco Marín Castán. RJ\2004\3958.

abandonar el paternalismo y proteccionismo que existía hacía los pacientes y hacerlo recaer sobre los profesionales, dado que se les está animando a *experimentar* y se les está eliminando el riesgo por hacerlo. Es decir, no se soluciona nada y además se sigue sin conseguir que la gente se responsabilice de lo que contrata, cuestión que consideramos también debería mejorar.

- El hecho de ser actuaciones de carácter y ámbito privado, también posibilitan el hecho de que sea más fácil entender que obliguen a una prosecución de un cierto resultado. La Seguridad Social no costea intervenciones estéticas, sólo costea intervenciones plásticas - que como quedó expuesto son intervenciones post-traumáticas -, esto refuerza la idea de que estamos ante intervenciones de capricho o voluntad de los intervenidos y solo aquellos que pueden permitírselas las asumen. Entendemos que los profesionales no puedan comprometerse a asegurar la sanación de enfermedades, pero no entendemos que se permita que no haya compromiso sobre la obtención de resultados en estos actos, porque los mismos no quieren curar, sino alterar aspectos estéticos.

- Asimismo, la voluntariedad de las intervenciones y la multiplicidad de ofertas en el "mercado de la belleza", hace que quepa introducir el *animus* del contratante dentro del contrato que se celebra. Y una persona que está disgustada con alguna parte de la propia fisionomía y decide informarse al respecto de las posibilidades de realizar un acto médico - incluso aunque sea sin cirugía - para alterar ese rasgo propio que le disgusta, llegando a contratar privadamente y asumiendo todos los costes la intervención o tratamiento que el profesional de su confianza le propone, lo hace para que se logre el resultado, su voluntad es alcanzar ese resultado, y, si contrata con ese profesional es porque considera que el mismo es capaz de conseguirlo. De lo contrario no aceptaría practicarse la intervención simplemente para que el médico estético elegido *intente* solucionar su problema, cuando esa tentativa puede producirle una situación peor que la de partida.

- Autores como BLANCO PÉREZ-RUBIO y FERNANDEZ HIERRO, entienden muy acertadamente que en los actos médicos de satisfacción, de no celebrar el profesional un contrato de obra (que preferimos entender como contrato con obligación de resultado), lo que cabe aplicar en consecuencia es la presunción de culpa, porque cabría entender que ha habido engaño o mala fe contractual.

- Asumir que estamos ante un contrato atípico que se asimila al contrato de obra o que conlleva una obligación de resultado, facilita el proceso probatorio por el que la víctima o perjudicado debe pasar una vez se inicia el proceso civil. Como se ha visto, y se concretará en apartados posteriores, dentro del ámbito de la responsabilidad civil, el sistema español es un sistema culpabilístico y la materia probatoria ligada a la medicina es muy compleja para el paciente y para el cliente o usuario de servicios sanitarios o médicos - igual de difícil en casos de medicina curativa que en casos de actos médicos de satisfacción porque el paciente o cliente no tiene los mismos conocimientos que el profesional y encima, puede que incluso esté dormido o sedado durante las intervenciones -, esto lleva a que probar el daño y la culpa del médico y el nexo causal que lo relaciona todo sea una tarea prácticamente imposible para los perjudicados. Sin embargo, entender que los actos médicos que sólo pretenden una alteración concreta de la fisionomía de los sometidos a ellos, se celebran mediante un contrato con obligación de resultado, hace que la responsabilidad pueda surgir por el incumplimiento contractual, que se analizará en el capítulo siguiente y la prueba dentro del proceso se podría limitar a demostrar que el resultado contratado no se ha conseguido con la intervención y eso facilitaría la prueba del daño y la posibilidad del perjudicado de ser resarcido.

- No hay que entender que el resultado es algo abstracto y genérico, sino que es algo muy concreto, aunque distinto en cada contrato. El problema radica en que se habla del resultado como algo abstracto y genérico, de ahí que una parte de la doctrina diga que no se puede prometer un *resultado*, y, que la otra diga que sí que se puede⁶⁹⁹. En mi opinión, el error estriba en no haber definido doctrinalmente - y mucho menos jurisprudencialmente - qué debe entenderse por resultado en este tipo de actuaciones o, en el momento de contratar.

Las intervenciones de carácter estético se ofertan - como se ha visto con anterioridad - con una cierta concreción. Se negocia con los pacientes cuantas tallas se quiere aumentar el busto, cuantos grados se quiere subir o bajar el ángulo de proyección de una nariz, qué arrugas de expresión se quieren eliminar o paliar con ácido

⁶⁹⁹ En nuestra opinión, si somos capaces de hacer ver a los estudiosos del derecho que en ocasiones el *resultado* que se pretende es algo tan determinado como, por ejemplo, la eliminación de un surco o arruga mediante un relleno de ácido o bótox, la reducción del tamaño del busto, o por contra su aumento (se calcula en tallas),... Puede que cuando en el contrato el resultado sea algo determinado, sea más sencillo ver que el profesional sí se ha obligado a obtenerlo, y que de otro modo, el contrato no hubiera surgido.

hialurónico o bótox, cuantos centímetros de contorno de muslo, de abdomen, o de cualquier otro lugar susceptible de ser medido, se pretenden eliminar mediante una liposucción,... es aquí donde estriba el punto clave de nuestra opinión.

Cuando se negocia con los profesionales las actuaciones que van a contratarse, el profesional informa al respecto de las posibilidades y ofrece tallas, centímetros, mililitros, grados, en definitiva, ofrece mejoras que admiten medición, y el cliente acepta o no la propuesta del médico, y se vincula contractualmente con él. Si un profesional dice que va a aumentar un busto en dos tallas, observar si se ha cumplido el resultado tras el actuar médico es tan sencillo como medir qué ha pasado después de la intervención. Si el busto ha aumentado en dos tallas, se ha obtenido el resultado, y si no, no⁷⁰⁰.

Es absurdo en nuestra opinión que el profesional hable del modo reseñado y luego la doctrina defienda que un profesional *no puede* obligarse a un cierto resultado porque el cuerpo humano es un organismo vivo que no sabemos cómo va a responder a los procedimientos médicos⁷⁰¹. De igual modo que es absurdo pensar, que la mayoría de los particulares se gastarían dinero en que alguien aumentara su pecho o redujera su papada o alterara la forma de su nariz, sin saber cuánto o cómo pretende hacerlo, es decir, sin tener un objetivo definido. En muchas ocasiones, se realizan simulaciones mediante programas informáticos que muestran lo que todos conocemos como "*antes y después*". Está claro que se trata de instrumentos para intentar convencer al cliente de que debe intervenir y no siempre se introducen estas simulaciones o propuestas en el contrato, pero no hay que olvidar que sí quedan introducidas en la mente del cliente, y

⁷⁰⁰ Permítaseme la simplificación, si quiero comprarme un coche de un modelo concreto y pido al concesionario que su color sea negro, el vendedor no estará cumpliendo con lo prometido si me entrega un coche blanco, por mucho que sea del mismo modelo que el seleccionado y con las mismas prestaciones. De igual modo que si solicito se me rectifiquen las orejas para que no se vean tan grandes, el médico sólo habrá cumplido cuando tras la intervención contratada las orejas sean efectivamente más pequeñas.

⁷⁰¹ En todo caso el profesional médico debe ser el único que establezca si para un caso concreto puede o no puede obligarse a un resultado. Cuando no vea clara la capacidad del cuerpo del cliente de mejorar conforme a las peticiones que éste realiza, debe ser franco y expresar que se puede lograr cierto grado de mejora, pero no la pretendida y deberá ser el cliente quien decida si acepta o busca otro profesional que sí le asegure la obtención de su finalidad. Lo que queremos poner de relieve es que mientras los profesionales están *prometiendo* resultados, la doctrina y la jurisprudencia están tratándoles como sujetos incapaces de contratar y no observan los contratos celebrados de forma correcta. Y no porque los profesionales no se vean capaces de intentar alcanzar ciertos resultados en las intervenciones de su especialidad.

confeccionan su *animus* y por ello, además de por el principio de integración de los contratos, defendemos que siempre deben formar parte del mismo.

No se nos puede olvidar al analizar los contratos mediante los que se celebran los actos médicos de satisfacción que, la teoría general del derecho de contratos y obligaciones habla de la integración del contrato, que ya hemos referido en múltiples ocasiones y señala que las partes deben actuar respetando la buena fe. En nuestra opinión, la buena fe que forma parte del contrato por expresa voluntad del artículo 1258 CC también sirve como argumento para que no podamos compartir la idea del Tribunal Supremo, manifestada en las más recientes sentencias, sino que consideramos que los contratos entre médicos y clientes pueden conllevar obligaciones de resultado si parece lógico que se deriven de ellos, si las partes han actuado de buena fe. Es decir, si lo lógico es que del objeto del contrato y la redacción que las partes han dado al mismo, se derive una obligación de resultado, no consideramos oportuno omitirla.

Nos parece significativo y gratificante concluir que, incluso la reciente doctrina de pensadores que no es tan rotunda al respecto de las obligaciones de resultados en medicina estética, considere los contratos que las partes celebran como "*un contrato mixto, entre arrendamiento de servicios y de obra*"⁷⁰², lo que al final viene a reconocer que estamos frente a algo que no está recogido en el código, es decir, frente a un contrato atípico, que recoge características de algunos contratos típicos.

5. El contrato accesorio de financiación de los actos médicos de satisfacción con finalidad estética

En el caso de los actos médicos de satisfacción con finalidad estética es relativamente frecuente que las clínicas y centros médicos estéticos ofrezcan a sus clientes la posibilidad de financiarse, para poder adquirir los tratamientos o servicios de medicina estética.

Estos contratos de financiación se pueden englobar, en nuestra opinión, en los denominados *Créditos al Consumo* que se encuentran regulados en la Ley 16/2011⁷⁰³,

⁷⁰² ARBESÚ GONZÁLEZ, Vanesa, *op. cit.* Pág. 152.

⁷⁰³ Ley 16/2011, de 24 de junio, de contratos de crédito al consumo. Publicada en el BOE núm. 151 de 25 de junio de 2011 (versión consolidada de 28 de marzo de 2014).

que se aplica a los contratos entre una persona física o jurídica en el ejercicio de su actividad comercial, profesión u oficio y un consumidor.

Los créditos al consumo son préstamos que se devuelven en forma de pago aplazado o cualquier otra forma de financiación. Se celebran para satisfacer necesidades del consumidor - por ello siempre fuera de su actividad empresarial o profesional - y que deben tener un importe igual o superior a 200 euros, pues los préstamos de importe inferior a esa cifra se encuentran expresamente excluidos por la ley 16/2011 (art. 3.c).

Los Créditos al Consumo pueden ser créditos vinculados cuando cumplen los requisitos y tienen las características que para ellos la propia Ley 16/2011 señala en su artículo 29⁷⁰⁴. Consideramos que los créditos que surgen en este caso se asimilan a la figura del contrato accesorio que deja de surtir efectos si se rescinde el contrato principal. Así, en nuestro objeto de estudio la financiación de los actos médicos con finalidad estética se convierte en un contrato accesorio que complementa al contrato principal, en el que se establecen las condiciones de la actividad que debe prestar el profesional, y como contrato accesorio sigue siempre la suerte del principal.

La Ley 16/2011 surge con el claro objetivo de proteger a los consumidores, por lo que otorga mucha relevancia a las informaciones que en estos contratos de crédito deberán aparecer y se pretende garantizar la seguridad jurídica y que el acceso al crédito no sea en detrimento de las garantías de los ciudadanos.

En el caso concreto de los actos médicos de satisfacción con finalidad estética, el éxito de muchas clínicas médicas es ofrecer a sus clientes la posibilidad de financiarse los tratamientos y también en parte en esta estructura tan organizada radica parte del

⁷⁰⁴ Artículo 29: "1. Por contrato de crédito vinculado se entiende aquel en el que el crédito contratado sirve exclusivamente para financiar un contrato relativo al suministro de bienes específicos o a la prestación de servicios específicos y ambos contratos constituyen una unidad comercial desde un punto de vista objetivo. // 2. Si el consumidor ha ejercido su derecho de desistimiento respecto a un contrato de suministro de bienes o servicios financiado total o parcialmente mediante un contrato de crédito vinculado, dejará de estar obligado por este último contrato sin penalización alguna para el consumidor. // 3. El consumidor, además de poder ejercitar los derechos que le correspondan frente al proveedor de los bienes o servicios adquiridos mediante un contrato de crédito vinculado, podrá ejercitar esos mismos derechos frente al prestamista, siempre que concurran todos los requisitos siguientes: / a) Que los bienes o servicios objeto del contrato no hayan sido entregados en todo o en parte, o no sean conforme a lo pactado en el contrato. / b) Que el consumidor haya reclamado judicial o extrajudicialmente, por cualquier medio acreditado en derecho, contra el proveedor y no haya obtenido la satisfacción a la que tiene derecho".

éxito de la propia medicina estética, que se ha extendido y se ha convertido en una realidad más accesible para muchas personas.

Sin embargo, recientemente hemos vivido casos de distintas Franquicias de centros estéticos o de clínicas dentales que han quebrado o desaparecido, en las que se ha desencadenado un enorme conflicto entre las tres partes relacionadas: el cliente, el centro o clínica y la entidad financiera. Es por ejemplo el caso de las clínicas dentales Vitaldent o de los centros estéticos de Corporación Dermoestética, que fueron líderes en el mercado de la belleza en España, dentro de sus ámbitos de actuación (dental y cirugía estética, respectivamente), pero que han protagonizado incidentes con sus clientes, al cerrar centros cuando aún no se habían realizado las tareas contratadas, para las que los clientes habían contratado a su vez, una financiación, que persistía, incluso aunque las intervenciones contratadas hubieran dejado de practicarse.

En el mes de enero de 2016, las clínicas dentales de la entidad Funnydent, cerraron repentinamente dejando sin tratamiento a los clientes, pese a que muchos de ellos ya habían abonado completamente los mismos⁷⁰⁵.

En situaciones como esta, los clientes afectados deberán reclamar a las clínicas y también a los servicios financieros, la conclusión de los contratos, pues si consideramos que el contrato de financiación es accesorio al de prestación de servicios, si el servicio no va a prestarse, es decir, si el contrato principal queda sin efecto, el contrato accesorio de financiación deberá quedar sin efecto de igual forma.

6. Breves alusiones al contrato de actos médicos de satisfacción con finalidad estética en el ordenamiento jurídico francés e italiano

En relación con la materia contractual, el "*Code Civil Français du 21 mars 1804*"⁷⁰⁶ recoge en su Libro III, Título VIII los Contratos de "*louage*" (arrendamiento)

⁷⁰⁵ Como podemos leer en varios medios, como por ejemplo en el artículo "Miles de damnificados por el cierre repentino de las clínicas Funnydent" publicado en la versión digital del periódico El mundo, el día 30 de enero de 2016. Disponible en:

<http://www.elmundo.es/sociedad/2016/01/28/56aa4720e2704ed1308b45ff.html> (Consultado 29 de septiembre de 2016).

⁷⁰⁶ "*Code civil Français du 21 mars 1804*", conocido como Código de Napoleón y que nosotros traduciremos como Código Civil Francés o "*code*". Disponible en:

<https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006070721> (Consultado el 29 de

en los artículos 1708 y siguientes. A continuación analizamos brevemente el contrato de arrendamiento del Código Civil Francés, que nos ayuda a comprender la situación ya expuesta en relación con la normativa estatal española.

En un primer momento, en el artículo 1708, el *code*, parece que va a desarrollar solamente dos tipos de arrendamiento, el de las cosas y el de obra, cuando literalmente establece: "*hay dos clases de contrato de arrendamiento: el de cosas, y el de obras*"⁷⁰⁷.

En el artículo 1710, se describe el contrato de arrendamiento de obra como "*un contrato por el cual una parte se compromete a hacer algo por la otra, a cambio de un precio acordado entre ellas*"⁷⁰⁸ y, seguidamente, parece que el codificador napoleónico se desdice de la primera división (cosas y obras) del artículo 1708, porque en el artículo 1711 subdivide los arrendamientos en varias "*especies particulares*": el arrendamiento de viviendas y muebles, el de patrimonio rural, el arrendamiento de trabajo o de servicio, arrendamiento de ganadería y el de realización de obras. Además, el último inciso del artículo 1711 dice que los tres últimos tipos de arrendamiento (servicios, ganadería y obra) tienen un régimen especial.

Posteriormente, en el capítulo III (artículos 1779 y siguientes del *Code*), se desarrollan las características del arrendamiento "*d'ouvrage et d'industrie*"⁷⁰⁹, aunque realmente, por los tipos de arrendamientos que se regulan, parecería más acertado hablar de obra y de servicio, pues en primer lugar, la sección primera del capítulo establece el régimen del arrendamiento de servicios en el artículo 1780 y posteriormente, el de obra en los artículos 1787 a 1799-1.

Evidentemente, nos cuesta poco darnos cuenta de la escueta regulación del contrato de arrendamiento de servicios en el *Code*, que solo está analizado por un único precepto, el 1780, que se limita a establecer las reglas generales del mismo. Señala el referido artículo que "*podrá contratarse un servicio para un tiempo concreto o para una empresa determinada*"⁷¹⁰, también se dice que "*en los casos en que el*

septiembre de 2016).

⁷⁰⁷ Traducción propia del original: "*il y a deux sortes de contrats de louage: celui des choses, et celui d'ouvrage*".

⁷⁰⁸ Traducción propia del original: "*un contrat par lequel l'une des parties s'engage à faire quelque chose pour l'autre, moyennant un prix convenu entre elles*".

⁷⁰⁹ Traducción propia: "de obra y de industria".

⁷¹⁰ Traducción propia y bastante literal (art. 1780.1), pero entendemos "*enterprise*" como empresa, pero en el sentido de proyecto, actividad o campaña, más que como entidad.

arrendamiento de servicios se celebre sin duración determinada, podrá finalizar, en cualquier momento, por la voluntad de las partes"⁷¹¹. En el tercer apartado del artículo 1780 se indica que *"la resolución unilateral del contrato puede dar lugar a daños y perjuicios"*⁷¹². Pero, tal y como sucede con el contrato de servicio de *"criados y trabajadores asalariados"* del Código Civil español⁷¹³, actualmente esta regulación - que recoge un contrato laboral - se encuentra fuera del ámbito civil, y se ha incorporado en la regulación laboral⁷¹⁴.

Se dedican al contrato de obra muchos más artículos (1787 a 1799-1), pese a ello, su regulación es igual de arcaica que la observada para el arrendamiento de servicios. Y fruto de ese desfase normativo, la doctrina y la jurisprudencia han elaborado el *"contrat d'entreprise"* que podemos traducir como contrato de negocio, y que supone una interpretación de la literalidad de la norma de una forma más acorde a los negocios que actualmente se celebran.

Como sucede en España, en Francia también encontramos una disputa entre *"obligation de moyens"* y *"obligation de résultat"* (obligación de medios y de resultados, respectivamente), y también como sucede en España, la mayoría de las fuentes hablan de que los profesionales de la medicina se obligan, como regla general, a *"poner los medios posibles y razonables para lograr su objetivo"*⁷¹⁵. Pese a la afirmación categórica al respecto de las obligaciones de medios a las que están sometidos los profesionales de la medicina, un par de párrafos más tarde encontramos esta afirmación: *"Sin embargo, en ocasiones, el médico se compromete a una obligación de resultados concretos, conocida como "obligación de resultados"*⁷¹⁶.

⁷¹¹ Traducción propia del segundo inciso del artículo 1780.

⁷¹² Traducción propia del tercer apartado del artículo 1780.

⁷¹³ Artículos 1583 a 1587 CC.

⁷¹⁴ Concretamente en el *Code du travail de 1910* - Código de trabajo de 1910, que fue reformado en 2007 y ha sido actualizado en muchas ocasiones. Versión consolidada de 2016. Disponible en: <https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006072050> (Consultada 29 septiembre 2016).

⁷¹⁵ Traducción propia del original: *"prendre tous les moyens possibles et raisonnables pour parvenir à ce but"*. La frase se extrae de la web *"Educa loi"* que tiene como objetivo hacer difusión de la normativa francesa. Puede consultarse en el siguiente enlace: <https://www.educaloi.qc.ca/capsules/la-responsabilite-professionnelle-du-medecin-en-cas-derreur> (Consultada el 29 de septiembre de 2016).

⁷¹⁶ Traducción propia del original: *"Toutefois, dans certaines circonstances, le médecin est tenu à une obligation de résultats concrets appelée «obligation de résultats». Par exemple, il doit opérer le patient au bon endroit (opérer la jambe gauche et non la droite) et respecter son devoir de secret professionnel"*. Por ejemplo, debe tratar a su paciente en el lugar correcto (operar la pierna izquierda y no la derecha) y

Por lo que hemos analizado, en Francia se ha apostado por la idea de que frente a casos de medicina estética existe una "*obligation d'information et de moyens renforcés*"⁷¹⁷ que, por otra parte, se corresponde con lo ya analizado en el capítulo anterior, al respecto de la previsión de información más estricta cuando el acto médico era de cirugía estética⁷¹⁸. Hay aspectos donde se podría exigir un cierto resultado del profesional, como en la forma de informarse, pero que, en general, se apuesta por las tesis que consideran que la actividad médica no puede garantizar la obtención de un resultado. Así se recoge en el informe del Senado Francés dirigido por el Senador CAZEAU⁷¹⁹, que señala, literalmente que "*toute intervention sur le corps humain comporte une part d'aléa liée aux réactions imprévisibles de ce dernier et la chirurgie esthétique n'échappe pas à de tels risques au prétexte qu'il s'agit d'interventions non curatives. Il apparaît d'ailleurs d'autant plus inconcevable d'attendre d'un chirurgien esthétique de produire avec exactitude les résultats escomptés par le patient que ces souhaits sont par nature subjectifs*"⁷²⁰.

Podemos criticar esta idea con algunos argumentos: el primero de ellos es que es más conservadora esta opinión del Senado francés que la propia norma francesa, pues habla de paciente, cuando el Código de Salud Pública suele hablar de personas, para dejar de lado la dicotomía paciente/cliente. En segundo lugar, este argumento solo hace alusión a las cirugías estéticas y no a la medicina estética. Y finalmente, también debemos señalar que, si bien es cierto que el resultado pretendido pertenece en un primer momento al fuero interno, es evidente que si se ha regulado un proceso de formación del consentimiento informado tan prolongado e intenso, donde incluso el profesional debe dejar unos días al cliente para que se decida, es evidente que parte de

respetar su deber de secreto profesional". Puede consultarse en el siguiente enlace: <https://www.educaloi.qc.ca/capsules/la-responsabilite-professionnelle-du-medecin-en-cas-derreur> (Consultada el 29 de septiembre de 2016).

⁷¹⁷ Traducción propia: "obligación de información y de medios reforzada". PICOVSKI, David, "Le chirurgien esthétique a-t-il une obligation de résultat" en *Blog Dr. David Picovski*. 14 de julio de 2013. Disponible en: <http://docteur-picovski.com/blog/chirurgie-esthetique-obligation-resultat/> (Consultado el 29 de septiembre de 2016).

⁷¹⁸ *Vid.* Capítulo II, apartado 6.

⁷¹⁹ Ya analizado en el capítulo anterior.

⁷²⁰ Traducción propia: "toda intervención sobre el cuerpo humano comporta un elemento de aleatoriedad asociado con las reacciones imprevisibles del mismo y la cirugía estética no se escapa de estos riesgos por el pretexto de ser intervenciones no curativas. De hecho, parece aún más inconcebible esperar de un cirujano estético la producción de los resultados exactamente esperados por el paciente que son deseos de naturaleza subjetiva". CAZEAU, Bernard (dir.), *op. cit.* Pág. 68. Disponible en: <http://www.senat.fr/rap/r11-653-1/r11-653-11.pdf> (Consultado el 29 de septiembre de 2016).

lo que se va a hablar entre el médico y el adquirente de los servicios profesionales es la concreción de la intervención que se pretende y el fin de la misma, es decir, se va a establecer un consenso sobre el resultado.

Además, en el mismo informe al que estamos haciendo alusión, el propio equipo dirigido por el senador Sr. Cazeau señala que "*la jurisprudence apprécie l'obligation de moyens de façon plus stricte dans le cas de la chirurgie esthétique, d'où l'expression consacrée d'«obligation de moyens renforcée»*"⁷²¹. Es decir, que el mismo informe alude a unos medios reforzados, para el caso de que la intervención sea de cirugía estética, analizando lo que la jurisprudencia francesa había señalado.

Encontramos una alusión jurisprudencial reciente a esa obligación de medios reforzada en el ámbito de la cirugía estética en la Sentencia de la *Court d'Appel de Versailles, 2 mai 2014*⁷²², en la que se enjuicia un caso en el que tras una faloplastia "*sans nécessité thérapeutique*"⁷²³, quedaron secuelas importantes en el perjudicado, como la pérdida de sensibilidad y la disfunción eréctil. En este caso, el Tribunal de Apelación, señala que existen muchas obligaciones de medios "*certes renforcée, mais non de résultat*"⁷²⁴ y al considerar que la actuación del profesional fue ajustada a las obligaciones, incluso a las reforzadas (como la información leal, clara y apropiada a la situación personal del paciente) atendiendo además a que el perjudicado era estudiante de medicina e hijo de cirujano, y había sido correctamente informado, desestima las pretensiones del mismo y no condenó al profesional médico.

No podemos dejar de referir que hemos encontrado estudios ya muy antiguos de autores franceses que consideraban, como nosotros defendemos, que cuando nos situamos frente a medicina que no cura, la obligación del profesional es de resultados. En el año 1938, el magistrado BAUDRAND señalaba en su tesis doctoral que las operaciones lícitas llevadas a cabo por un médico para corregir la línea de una persona

⁷²¹ Traducción propia: "la jurisprudencia valora la obligación de medios de forma más estricta en el caso de la cirugía estética, de ahí la expresión consagrada, <<obligación de medios reforzados>> ". CAZEAU, Bernard (dir.), *op. cit.* Pág. 69. Disponible en: <http://www.senat.fr/rap/r11-653-1/r11-653-11.pdf> (Consultado el 29 de septiembre de 2016).

⁷²² *Court d'Appel de Versailles, 9ème Chambre, 2 mai, 2014, RG: 12/04245. Président: Monsieur Larmanjat* - Corte de apelación de Versalles, Sala novena, 2 de mayo de 2014, núm. de registro 12/04245. Presidente Sr. Larmanjat. Disponible en: <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000030148292&fastReqId=731942028&fastPos=1> (Consultada el 29 de septiembre de 2016).

⁷²³ Traducción propia: "sin necesidad terapéutica".

⁷²⁴ Traducción propia: "sin duda reforzada, pero no de resultado".

tienen un objetivo puramente estético, en cuyo caso se incluirán en las operaciones de lujo"⁷²⁵ y, un poco más adelante, afirmaba que dentro de la cirugía de lujo "*le client*"⁷²⁶, *en ce cas, ne contracte qu'en considération du résultat à atteindre*"⁷²⁷ y concluye el autor señalando que "*nous estimons donc, en conséquence, que le chirurgien est tenu d'une obligation de résultat quand il accepte de pratiquer une opération de luxe, licite*"⁷²⁸.

Tal y como sucede en nuestro ordenamiento jurídico, podríamos concluir señalando que en Francia tampoco existe un tipo contractual que se acople a los actos médicos de satisfacción con finalidad estética, y que existe una disputa doctrinal y jurisprudencial al respecto de las obligaciones de los médicos que intervienen en actos médicos de satisfacción. Cuestión que no nos debe resultar extraña, pues ciertamente nuestro Código Civil es heredero del Código napoleónico y contiene las mismas imprecisiones, que han hecho que la doctrina y la jurisprudencia elaborasen respuestas propias, en un sentido muy similar, para todo aquello que quedaba sin previsión específica.

En relación con la situación de Italia, el contrato de arrendamiento se encuentra en el Libro IV del *Codice Civile Italiano*, de 1942⁷²⁹. Concretamente en el Título III, Capítulo VI "*Della locazione*"⁷³⁰, que contiene 83 artículos que analizan esta figura contractual. El artículo 1571 del *Codice* establece su definición "*el contrato de arrendamiento es un contrato por el cual una de las parte se obliga a dejar disfrutar a*

⁷²⁵ BAUDRAND, Gilbert, *La chirurgie esthétique et le droit*. Thèse pour le Doctorat. Université de Poitiers - Faculté de Droit. 1938. Poitiers. Pág. 64. Traducción propia del original: "*les opérations licites exécutées par un médecin en vue de corriger la ligne d'un individu ont un but soit purement esthétique, auquel cas elles sont des opérations de luxe*". Es curioso observar como el autor, diferenciaba entre intervenciones estéticas pero necesarias - lo que entenderíamos actualmente como cirugía plástica o medicina reparadora -, e intervenciones estéticas de lujo, que era como entendía las que no tenían más que un objetivo estético.

⁷²⁶ Y no el paciente, pues la intervención no cura, en el mismo sentido que consideramos nosotros.

⁷²⁷ BAUDRAND, Gilbert, *op. cit.* Pág. 66. Traducción propia: "el cliente, en este caso, no contrata otra cosa que la consideración del resultado que debe alcanzarse".

⁷²⁸ *Cit. Supra*. Pág. 66 y 67. Traducción propia: "por lo que consideramos, en consecuencia, que el cirujano está bajo una obligación de resultado cuando acepta practicar una intervención de lujo, lícita".

⁷²⁹ *Codice Civile Italiano de 1942, Regio Decreto 16 de marzo de 1942*. - Código civil italiano de 1942, Real Decreto de 16 de marzo de 1942.

⁷³⁰ Traducción propia: "del contrato de arrendamiento".

la otra una cosa mueble o inmueble por un determinado tiempo (art. 1572 y siguientes), a cambio de un determinado precio"⁷³¹.

Pero además, el hecho de que el Código Civil fuera reformado en el año 1942, hizo que se recogiera dentro del código un contrato distinto, pero similar al contrato de arrendamiento, conocido como "*Contrato d'appalto*", una figura *sui generis* que podemos entender como contrato civil de obra y servicio, y que se encuentra definida en el artículo 1655, que señala que "*el contrato de obra y servicio civil (art. 2222 y siguientes) es un contrato por el cual una de las partes asume, con la organización de los medios necesarios y con la gestión de su propio riesgo, la ejecución de una obra o de un servicio a cambio de un precio*"⁷³².

Según nuestro parecer, esta figura contractual, se ajustaría a los contratos que analizamos en nuestro objeto de estudio, y es por causa de la reformulación del código civil que Italia hizo en el siglo XX, que existe este contrato, que no encontramos en el ordenamiento jurídico español, ni el francés. El *appalto*, es como una evolución del contrato de arrendamiento de obra y de servicios, de los códigos más antiguos, pues, tal y como señala ROSITO "*tradicionalmente colocado por la doctrina romanista en el esquema general del contrato de arrendamiento (asimilado a la locatio operis o contrato de obra), el contrato de obra y servicio civil, encuentra en el actual Código Civil una disciplina autónoma, desvinculada definitivamente de su marco normativo original*"⁷³³, la propia autora señala además que esta figura "*es frecuentemente utilizada en el mercado de los negocios y se caracteriza por la relación de condiciones recíprocas de las prestaciones (sinalagma funcional) La clave de este caso, descrita en los artículos 1655 y siguientes del Código civil, reside, por lo tanto, en la*

⁷³¹ Traducción propia del original: "*la locazione è il contratto col quale una parte si obbliga a far godere all'altra una cosa mobile o immobile per un dato tempo (1572 e seguenti), verso un determinato corrispettivo*".

⁷³² Traducción propia del original: "*l'appalto (2222 e seguenti) è il contratto col quale una parte assume, con organizzazione dei mezzi necessari e con gestione a proprio rischio, il compimento di un'opera o di un servizio verso un corrispettivo in danaro*".

⁷³³ ROSITO, Dina, "Capitolo 8. L'appalto" en CENDON, Paolo (dir.), *Trattario di Diritto Civile. Volume X. I° Contratti speciali. Compravendita, locazione, trasporto, appalto*. Ed. Giuffrè Editore. 2016. Varese. Pág. 323. Traducción propia del original: "*tradizionalmente collocato dalla dottrina romanistica nello schema generale della locazione (perché assimilato alla <<locatio operis>> o contratto d'opera), l'appalto ha trovato nel codice civile vigente una disciplina autonoma, svincolata definitivamente dal suo inquadramento originario*".

interdependencia de los intereses, estrictamente privatistas, que coexiste desde la firma del contrato"⁷³⁴.

El "*appalto*", es un contrato típico con muchos posibles objetos distintos⁷³⁵, y consideramos, personalmente, que los actos médicos de satisfacción con finalidad estética pueden ser objeto de este tipo contractual. Pues es un contrato que comparte muchas de las características que hemos resaltado. Por ejemplo, hemos dicho ya en la propia definición que es un contrato bilateral, sinalagmático y además, siguiendo con las explicaciones de ROSITO, podemos añadir que "*l'appalto è un contratto concluso <<intuito personae>>*"⁷³⁶.

Al respecto de la obligación del prestador de servicio o la obra, ROSITO establece - para el caso del "*appalto*" - que, "*l'obbligazione dell'appaltatore si inserisce nella nota categoria dogmatica delle obbligazioni di risultato*"⁷³⁷. La propia autora, además señala que "*en presencia de incumplimiento de esta obligación, el Estado de la distribución del <<onus probandi>> prevé que, mientras el acreedor deberá proporcionar pruebas sobre la existencia de una fuente de obligaciones, limitándose a alegar el hecho del incumplimiento, el deudor deberá demostrar el hecho extintivo del contrato, es decir, el cumplimiento exitoso y preciso o la imposibilidad de cumplimiento por razones no imputables a él*"⁷³⁸. Así, este tipo contractual y la doctrina que lo interpreta, señalan la exigibilidad del resultado, en estos casos, pues el contratista asume los riesgos de la obra o del servicio, tal y como vimos que señalaba el artículo 1655 del *Codice*.

⁷³⁴ Cit. *Supra*. Pág. 323. Traducción propia del original: "*è frequentemente utilizzato nel mercato imprenditoriale e si caratterizza per il rapporto di condizionalità reciproca tra le prestazioni (sinallagma funzionale). La chiave di lettura della fattispecie, descritta dagli artt. 1655 ss. c.c, risiede, pertanto, nella interdipendenza degli interessi, schiettamente privatistici, che coesistono sin dalla stipula del contratto*".

⁷³⁵ La propia ROSITO señala varios "edificación ajena en suelo propio, servicios logísticos integrales, vigilancia, mantenimiento y conservación de los sistemas de alarma, embarco y desembarco, contrato de contabilidad de la facturación". ROSITO, Dina, *op. cit.* Pág. 324.

⁷³⁶ ROSITO, Dina, *op. cit.* Pág. 330. Traducción propia: "El contrato de obra y servicio es un contrato celebrado <<intuito personae>>".

⁷³⁷ ROSITO, Dina, *op. cit.* Pág. 324. Traducción propia: "la obligación del contratista (prestador de servicio) encaja en la categoría dogmática de las obligaciones de resultado".

⁷³⁸ Cit. *Supra*. Pág. 324. Traducción propia del original: "*in presenza di inadempimento di detta obbligazione, la regola della distribuzione dell'<<onus probandi>> prevede che, mentre il creditore dovrà fornire in giudizio prova della fonte del rapporto obbligatorio, limitandosi ad allegare il fatto storico dell'inadempimento spetterà, invece, al debitore dimostrare il fatto estintivo del diritto, cioè l'avvenuta ed esatta esecuzione della prestazione, ovvero l'impossibilità dell'adempimento per causa a lui non imputabile*".

Consideramos un verdadero avance la existencia de esta previsión normativa en Italia, que no encuentra parangón en España ni en Francia, además, también consideramos que es un verdadero acierto observar la libertad de las partes contractuales, la reciprocidad de las obligaciones y los deberes de cumplimiento que abarcan una obligación de resultado. Sin embargo, cuando se analiza la responsabilidad de los profesionales médicos, es frecuente encontrar innumerables fuentes que señalan que *"tradicionalmente, la obligación del médico que atiende a un paciente siempre se concibió no como un deber de lograr el resultado esperado para el paciente, el cual consiste en la curación o en la mejora de su salud, sino simplemente como un esfuerzo y como un comportamiento profesional adecuado"*⁷³⁹, es decir, que existe en Italia la misma reticencia que encontramos en los ordenamientos español y francés, para hablar de obligaciones de los profesionales médicos que engloben los resultados.

Sin embargo, en nuestra humilde opinión, el hecho de que esté prevista la figura del *appalto*, podría dar lugar a que las partes quedaran vinculadas para la realización de intervenciones con finalidad estética, bajo este prisma contractual, que sí que convertiría el resultado como algo de obligado cumplimiento.

⁷³⁹Traducción propia del original: *"Tradizionalmente, l'obbligo del medico che assume in cura un paziente è stato sempre concepito non come il dovere di far conseguire al paziente il risultato sperato, consistente nella guarigione o comunque in un miglioramento del proprio stato di salute, ma semplicemente come impegno ad un comportamento professionalmente adeguato"*. Extraído de: BUSCO, Gianni, "errore medico e responsabilità" en STUDIO LEGALE BUSCO, Blog de despacho de abogados. Disponible en: http://www.avvocatobari.org/consulenze/avvocato_bari_malasanita_studio_legale.htm (Consultada 29 de septiembre de 2016).

SEGUNDA PARTE

RESPONSABILIDAD CIVIL EN LOS ACTOS MÉDICOS DE SATISFACCIÓN CON FINALIDAD ESTÉTICA

CAPÍTULO IV. INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL Y RESPONSABILIDAD CIVIL EN LOS ACTOS MÉDICOS DE SATISFACCIÓN CON FINALIDAD ESTÉTICA

1. Introducción y conceptos previos

En el ámbito de los actos médicos de satisfacción con finalidad estética existe una relación contractual entre los profesionales médicos y sus clientes. Por este motivo, debemos abordar en el presente capítulo la *responsabilidad civil*, entendiendo como tal, aquella que surge para resarcir al sujeto que resultó dañado fruto de la relación contractual o porque, como señala YZQUIERDO, "*el hecho dañoso viene producido <<precisamente>> como resultado del incumplimiento de un contrato*"⁷⁴⁰. Sin embargo, es tradicional entender que cuando se alude a *responsabilidad civil* - sin más - se hace alusión a la extracontractual, es decir, a la que se ocupa del resarcimiento de daños ocasionados entre sujetos que no mantenían una relación contractual previa.

En nuestra opinión, como ya advertimos en el Preámbulo - al tratar lo relativo al Título de la Tesis -, al hablar de responsabilidad civil en los actos médicos de satisfacción con finalidad estética, que ya hemos visto que surgen contractualmente, no debería ser necesario enfatizar que estamos ante el estudio de la responsabilidad contractual, pues resulta indudable que la posible responsabilidad que tenga como base la actuación de los profesionales sanitarios en este tipo de negocio será de tipo contractual, siempre que el daño venga producido por incumplimiento contractual.

Sin embargo, analizar la responsabilidad contractual, de forma exclusiva podría dar a entender que nuestro estudio se centra en el incumplimiento de forma casi exclusiva, pues eso es lo que se entiende en la práctica como responsabilidad civil contractual. Nosotros, en cambio, consideramos oportuno analizar más cosas, además del mero incumplimiento, como por ejemplo los daños derivados de las intervenciones médicas que, tal y como veremos, tradicionalmente se vinculan a la responsabilidad extracontractual, aunque no estemos de acuerdo con esa caracterización, pues

⁷⁴⁰ YZQUIERDO TOLSADA, Mariano, *Responsabilidad Civil Extracontractual. Parte General. Delimitación y especies. Elementos. Efectos o consecuencias*. Ed. Dykinson. 2ª Edición. 2016. Madrid. Pág. 100. (El fragmento citado también aparece en la pág. 80 de la obra del año 2001 del mismo autor, y en la página 92 de la edición de 2015 de la misma obra).

consideramos que deben entenderse como contractuales los daños que se deriven del cumplimiento del contrato.

En el presente capítulo se analizarán también cuestiones sobre la responsabilidad civil extracontractual e incluso sobre las teorías que han unificado las dos responsabilidades, por cuanto la técnica legislativa y judicial, y las distinciones existentes entre ambos regímenes, han llevado a que sobre los actos médicos de satisfacción recaigan por igual resoluciones que referencian la responsabilidad civil contractual y también otras muchas que parten de la extracontractual. Motivo por el cual no consideramos oportuno omitir éstas últimas, pues conforman un grueso realmente relevante⁷⁴¹.

En palabras de LÓPEZ DE LA CRUZ, que coincide con lo expuesto anteriormente, la responsabilidad médica es otra forma más de responsabilidad profesional y aunque tiene características especiales, no puede tener prerrogativas especiales, siendo responsabilidad contractual si existe contrato entre las partes y extracontractual cuando el daño no se deriva de la ejecución de un contrato⁷⁴².

Por ello, en el presente capítulo se analizarán, en primer lugar, los aspectos relativos a la responsabilidad civil contractual, y en segundo lugar los relativos a la responsabilidad aquiliana. Y tras estos análisis, se abordaran otras cuestiones, como las teorías acumulativas o unificadoras de la responsabilidad civil, y, también, si sobre los

⁷⁴¹ Incluso aunque puede que tengamos razones suficientes para considerar que se ha utilizado la responsabilidad civil extracontractual sin demasiada corrección, no podemos obviar que, consideraciones personales aparte, la realidad es la que debe imponerse y no creemos que por el hecho de estudiarla estemos justificando que se prolongue el uso extensivo e inapropiado del artículo 1902 CC ante situaciones en las que hay vinculación contractual, sino que creemos que con un estudio profundo de la situación podemos aportar nuestra propia visión del conflicto y contribuir en lo posible por defender el uso correcto de los dos regímenes de responsabilidad civil existentes en España, mientras los mismos sigan estando configurados como dos regímenes independientes, pese a las similitudes.

⁷⁴² Señala literalmente la autora: "*la responsabilidad médica no es sino expresión de la más amplia de la responsabilidad profesional y tiene especiales caracteres, pero no especiales prerrogativas. Puede ser una responsabilidad contractual, cuando se ha producido un daño por incumplimiento total o parcial de un contrato que contempla el artículo 1101 del Código civil (...); o extracontractual cuando el daño no deriva de la ejecución del contrato, sino que se ha producido al margen de la relación contractual o el profesional no ha contratado con la víctima, como es el caso del médico dependiente del Instituto Nacional de Salud, cuya responsabilidad extracontractual u obligación derivada de acto ilícito (principio alterum non laedere) se contempla como principio en el artículo 1902 del Código Civil y se desarrolla en la jurisprudencia*". Vid LÓPEZ DE LA CRUZ, Laura, "Estructura general de la responsabilidad extracontractual" en SERRANO FERNÁNDEZ, María (coord.), *Tratado jurisprudencial de responsabilidad por daños*. Ed. Tirant lo Blanch. 2013. Valencia. Pág. 127.

actos médicos de satisfacción con finalidad estética pueden tener cabida los métodos alternativos de resolución de conflictos.

En los apartados que se siguen dentro de éste epígrafe, analizaremos más a fondo los dos regímenes jurídicos en conflicto (responsabilidad civil contractual y responsabilidad civil extracontractual) y unos aspectos que consideramos fundamentales conocer de forma previa al estudio profundo y exhaustivo de la responsabilidad civil en materia de intervenciones médicas: la *lex artis* y la *mala praxis*, que se analizan separadamente y de forma previa por la relevancia que tendrán para el resto del trabajo, al ser siempre referidas en las reclamaciones por daños derivados de actuaciones médicas.

1.1. Distinciones entre Responsabilidad Civil Contractual y Responsabilidad Civil Extracontractual

La mayoría de los estudiosos del Derecho civil que han analizado la responsabilidad civil se han parado a distinguir entre responsabilidad civil contractual y responsabilidad civil extracontractual. Nos parece que la diferencia requiere nuestra atención, porque existen diferentes tendencias argumentales, y porque, como se expuso en el apartado anterior, en ocasiones se han utilizado de forma poco precisa. Además también hay una corriente que defiende la unión de ambos regímenes o, al menos, la posibilidad de que en determinados casos el perjudicado o dañado pueda yuxtaponer las dos responsabilidades (contractual y extracontractual) y esa corriente ha tenido cierto respaldo jurisprudencial.

Si comenzamos por lo evidente, lo que diferencia a la responsabilidad civil contractual de la extracontractual, es que en la primera las partes en conflicto están vinculadas mediante contrato previo y que *precisamente*⁷⁴³ es con motivo de la ejecución de ese contrato que se ha causado un daño a una de las partes. Mientras que

⁷⁴³ Inciden en el hecho de que es *precisamente* por la existencia del contrato muchos autores, que han sido analizados en el presente apartado, como YZQUIERDO, SÁNCHEZ LERÍA, REGLERO CAMPOS, NAVARRO MENDIZABAL Y VEIGA COPO, entre otros.

en la segunda (responsabilidad aquiliana o extracontractual) las partes no tienen una relación previa de la que se deriva el daño que una parte causa a la otra⁷⁴⁴.

Por este motivo, viendo que en el caso de los actos médicos de satisfacción con finalidad estética que ocupan nuestro trabajo siempre existe una relación previa de las partes, para celebrar ese acto médico, entendemos que, *a priori* podemos identificar nuestra responsabilidad como contractual, pues las partes que tengan problemas en relación con (o derivados de) estos actos médicos, los tendrán fruto de su relación previa, que fue necesaria para la existencia de los mismos. Sin embargo, la distinción no es tan sencilla.

Cabe que nos realicemos algunas preguntas y que en el intento de encontrar la respuesta a las mismas podamos intentar aportar luz a la situación. En primer lugar *¿qué entendemos por responsabilidad?*

Se considera a la responsabilidad como una obligación que - en palabras de YZQUIERDO - surge "*cada vez que resulta incumplido un deber de carácter jurídico*"⁷⁴⁵, o que - según NAVARRO MENDIZÁBAL y VEIGA COPO -, "*es consecuencia de un incumplimiento de algo*"⁷⁴⁶, es decir, la responsabilidad se puede considerar una obligación que surge cuando la actuación de alguien - el responsable - ha vulnerado o ha incumplido un deber que le resulta propio.

Atendiendo al deber vulnerado se suele adjetivar la responsabilidad en múltiples tipos (penal o criminal, política, corporativa, administrativa, civil,...), por lo que entendemos que la responsabilidad *civil* será la que se derive del incumplimiento de un deber jurídico de carácter civil, es decir, será responsabilidad civil el deber de dejar indemnes los efectos del incumplimiento de las obligaciones propias; distinguiéndose, a su vez, responsabilidad civil *contractual*, para las ocasiones en que las obligaciones vulneradas provienen de una relación contractual; y responsabilidad civil *extracontractual* para cuando los deberes infringidos sean de cualquier otro tipo.

⁷⁴⁴ O pese a tener una relación contractual previa, el daño que se enjuicia no se deriva de la existencia de la misma, tal y como se observará seguidamente.

⁷⁴⁵ YZQUIERDO TOLSADA, Mariano, (2016), *op. cit.* Pág. 27.

⁷⁴⁶ NAVARRO MENDIZÁBAL, Iñigo A., VEIGA COPO, Abel B., *Derecho de Daños*. Ed. Thomson Reuters - Aranzadi. 2013. Cizur Menor. Pág. 22.

El objetivo de la responsabilidad civil, sea de tipo contractual o extracontractual, es reparar el daño que el incumplimiento del deber del responsable causa a una persona: el perjudicado. Así, la estructura tiene dos partes contrapuestas, que son el responsable y el perjudicado. Y, además, atendiendo a si existe una relación contractual previa entre ellos o no, se caracteriza la responsabilidad civil como contractual o extracontractual.

Al respecto de las dos partes enfrentadas, señala LACRUZ que "*cuando uno mismo, sin intervención (actual o instrumental) de otro, causa daño a sus propias pertenencias o a su persona, a nadie puede reclamar reparación*"⁷⁴⁷, por lo que dejaremos fuera de la responsabilidad civil todos los daños que una persona se cause a sí mismo en su persona o en su patrimonio, o en cualquier otra faceta de su personalidad.

Pero, ¿qué distinciones existen entre la responsabilidad civil contractual y la extracontractual además de la vinculación contractual previa de las partes? La responsabilidad civil contractual se encuentra regulada en el artículo 1101 CC⁷⁴⁸. En virtud del referido artículo, los que en el marco de un contrato generen *daños y perjuicios* por incumplimiento de las obligaciones contractuales, mediando dolo, negligencia o morosidad y los que contravengan el tenor de sus obligaciones serán considerados responsables y deberán indemnizar al perjudicado. Mientras que para la responsabilidad civil extracontractual el Código establece en el artículo 1902 que en este caso, el responsable causa un daño (culposo o negligente) a otra persona (sin que exista vinculación contractual) y ello será el motivo por el que deberá reparar el daño causado.

Observando la literalidad de estos dos artículos tan paradigmáticos del Código civil y de las propias responsabilidades civiles contractual y extracontractual, casi resulta más sencillo establecer elementos en común que distinciones entre estos dos regímenes, porque en ambos casos se habla de un *daño* que una parte causa a la otra⁷⁴⁹ y que debe ser resarcido o indemnizado.

⁷⁴⁷ LACRUZ BERDEJO, José Luis, *Elementos de Derecho Civil... II. Volumen Segundo*. 2013. *op. cit.* Pág. 419.

⁷⁴⁸ Que señala que "*quedan sujetos a la indemnización de los daños y perjuicios causados los que en el cumplimiento de sus obligaciones incurrieren en dolo, negligencia o morosidad, y los que de cualquier modo contravinieren al tenor de aquéllas*".

⁷⁴⁹ El daño será analizado en los siguientes apartados, tanto en el presente capítulo, como en el siguiente.

El contrato y el deber general de no dañar a los demás son, *ex art.* 1101 y 1902 CC respectivamente, lo vulnerado y, por ende, la base para la responsabilidad y para la indemnización en favor del perjudicado. Como señalan NAVARRO MENDIZABAL Y VEIGA COPO, ello ha dado lugar a dos posturas: la *postura dualista* que considera que contravenir la ley (deber general de no dañar a otro) es más grave que contravenir el contrato porque "*la ley es una norma expresiva de la voluntad general, cuya contravención debe dar lugar a responsabilidad. Por el contrario, el contrato es una mera voluntad individual, por lo que su violación debe dar lugar a otra respuesta jurídica distinta*"⁷⁵⁰. En cambio, la *postura monista* considera que "*la ley obliga y el contrato también lo hace, porque lo dice la ley, por lo que una violación de un contrato supondría la violación de la ley que dice que el contrato obliga (...) ambas responsabilidades suponen una violación de una ley*"⁷⁵¹, en este caso, la postura monista, considera que es igual de grave contravenir la ley que contravenir el contrato.

Ante la pugna entre si la responsabilidad civil contractual y la responsabilidad civil extracontractual son cosas distintas o son la misma cosa, la doctrina contemporánea ha abandonado un tanto el debate, señalando que son cosas distintas, pero no lo son tanto. Dice YZQUIERDO "*en la actualidad se conviene en que, siendo cosas distintas, tampoco es que vengan a conformar compartimentos estancos*"⁷⁵².

Prudentemente considero que se ha abandonado un poco el debate sobre las diferencias entre los regímenes porque es más relevante avanzar en el análisis de las dos formas de responsabilidad civil que resolver las discrepancias doctrinales. Me explico, el Código configura dos tipos de responsabilidad civil distintas, atendiendo a si existe o no contrato, y ya hemos señalado al referirnos al *contrato de arrendamiento*⁷⁵³ que en ocasiones la regulación del Código civil no es, precisamente perfecta ni se ajusta absolutamente a la realidad jurídica, sin embargo los juristas y los operadores jurídicos debemos ajustarnos a las reglas que nos han dado, mientras las mismas sigan vigentes, motivo por el que la doctrina, en mi opinión, decide abandonar lentamente este debate, que podría concluir con al menos una de las posturas diciendo que *en realidad toda la*

⁷⁵⁰ NAVARRO MENDIZÁBAL, Iñigo A., VEIGA COPO, Abel B., *op. cit.* Pág. 64.

⁷⁵¹ *Cit. supra.* Pág. 65.

⁷⁵² YZQUIERDO TOLSADA, Mariano, (2016) *op. cit.* Pág. 101.

⁷⁵³ *Vid.* Capítulo III.

responsabilidad civil es igual sea o no contractual, pero están reguladas en dos formas distintas con las que debemos manejarlas.

Al observar esta realidad - continuo elucubrando -, parece más útil hacer lo que se ha hecho por parte de la doctrina: ver cuáles son las diferencias entre ambos regímenes y buscar la forma de superar los conflictos producidos por las similitudes. Por lo que a continuación, se detallan las principales diferencias entre responsabilidad civil contractual y extracontractual, que recogemos del análisis doctrinal:

i. En primer lugar señala MAGRO SERVET, entre otros, una gran distinción entre ambas figuras al exponer "*la posibilidad de incluir cláusulas que agraven o atenúen la responsabilidad, que sólo puede existir en el ámbito de la responsabilidad civil contractual*"⁷⁵⁴. Esta distinción halla su respaldo en el principio de libertad de pacto o autonomía de la voluntad contractual de las partes, pero hoy en día puede ponerse en parte en tela de juicio, porque las relaciones contractuales no son, como vimos en el capítulo anterior, tan libres como cabría esperar si nos atenemos a lo previsto en el CC. En la actualidad la proliferación de contratos de adhesión y de cláusulas o condiciones generales, que se firman sin poder entrar a negociarse⁷⁵⁵ diluyen un poco esa idealizada libertad de pacto, pero es cierto que, dentro de las cosas que pueden incluirse en el contrato está la graduación de la responsabilidad civil en forma de agravación o de atenuación.

Además, el hecho de que la responsabilidad civil contractual pueda graduarse se deduce del artículo 1103 CC⁷⁵⁶. Sin embargo, la responsabilidad civil extracontractual, no admite graduación, se responderá por todos los conceptos y todo el daño causado, o como señala YZQUIERDO "*se incurre en la responsabilidad integral*"⁷⁵⁷.

Sin embargo, YZQUIERDO también considera que nada impide, en virtud de la libertad de pacto que, personas sin vinculación contractual previa, puedan graduar o *modificar convencionalmente* una futura responsabilidad o, incluso, pactar la renuncia a

⁷⁵⁴ MAGRO SERVET, Vicente, *Guía práctica sobre responsabilidad civil*. Ed. La ley - Grupo Wolters Kluwer. 2015. Madrid. Pág. 38.

⁷⁵⁵ En la práctica jurídica, dado que en principio, todas las cláusulas del contrato son cláusulas consensuadas, algo que sabemos que, desafortunadamente, no sucede.

⁷⁵⁶ Artículo que establece: "*la responsabilidad que proceda de la negligencia es igualmente exigible en el cumplimiento de toda clase de obligaciones; pero podrá moderarse por los Tribunales según los casos*" (Subrayado propio para señalar la referencia a la graduación de la responsabilidad).

⁷⁵⁷ YZQUIERDO TOLSADA, Mariano, (2016) *op. cit.* Pág. 103.

ella. Según el autor, esos pactos tendentes a la graduación de la responsabilidad civil extracontractual no serán una cláusula de un contrato, sino que supondrán por sí mismos "*un contrato (atípico) cuyo contenido es precisamente la reglamentación de la eventual responsabilidad extracontractual*"⁷⁵⁸.

Por lo que si atendemos a esta posibilidad, tampoco estaríamos frente a una verdadera distinción entre las dos clases de responsabilidad civil. Aunque es cierto que en muchos de los casos típicos de responsabilidad civil extracontractual (como por ejemplo en los accidentes de circulación), es complejo imaginar que las personas implicadas en ella hubieran celebrado previamente un contrato para atenuar o agravar futuras responsabilidad extracontractuales.

ii. En segundo lugar, por ser una responsabilidad que deriva del contrato, *en la responsabilidad civil contractual se exige capacidad de obrar* de las partes, dado que el contrato celebrado por personas sin capacidad es nulo, y los daños que se pudieran derivar de los mismos no serían daños contractuales, sino extracontractuales, donde no se requiere capacidad de obrar. Señala YZQUIERDO refiriéndose a tal extremo que en el marco de la responsabilidad civil extracontractual "*es imputable todo aquel que tenga suficiente capacidad de discernimiento*"⁷⁵⁹ aunque luego responda por los daños que él ocasione una persona distinta a él, como sucede en los supuestos de responsabilidad por hecho ajeno.

iii. En tercer lugar, se ha considerado por la doctrina que en la responsabilidad civil contractual *existe una presunción de culpa*, o que se ha *objetivado la responsabilidad*, especialmente en los contratos en los que se debe lograr un resultado⁷⁶⁰. Sin embargo, no se señala por la doctrina que se está reduciendo por parte de la jurisprudencia la admisibilidad de que en algunos contratos se estén vinculando las partes a la obtención de resultado (prescindiendo de la culpa o presumiéndola) y uno de los mejores ejemplos de ello lo tenemos en la evolución jurisprudencial sobre el alcance de la obligación en los actos médicos de satisfacción con finalidad estética⁷⁶¹.

Además la responsabilidad sin culpa ha existido en casos de responsabilidad civil extracontractual y contractual, aunque parece que se trata de una figura que está en

⁷⁵⁸ YZQUIERDO TOLSADA, Mariano, (2016), *op. cit.* Pág. 651.

⁷⁵⁹ *Cit. supra.* (2016) Pág. 270.

⁷⁶⁰ NAVARRO MENDIZABAL, Iñigo A. y VEIGA COPO, Abel. B., *op. cit.* Págs. 65 - 66.

⁷⁶¹ *Vid.* Apartado 4.3 del Capítulo III de la presente investigación.

cierto modo desapareciendo. Sea como fuere, no podemos considerarla una verdadera distinción entre ambas clases de responsabilidad, o cuando menos, vistas las reticencias en nuestro ámbito de estudio, no consideramos que sea la distinción que mejor se ajuste a la responsabilidad civil de los profesionales de la medicina privada.

iv. *La responsabilidad por las actuaciones del dependiente*: también se considera distinta entre una responsabilidad civil y otra, pues el artículo 1903 CC⁷⁶² permite la exoneración del sujeto por los hechos de un dependiente suyo cuando pueda demostrar que empleó toda la diligencia de un buen padre de familia para prevenir el daño. Mientras que en la responsabilidad civil contractual, no cabe que un sujeto se exonere en base a su correcta observancia de la diligencia por los hechos de persona dependiente. Por ello, en nuestro caso de estudio, aún cuando el contrato de actuación médico-estética lo firma el cliente con la clínica, esta última responde de las actuaciones que sus dependientes (el personal médico y auxiliar de la clínica) pudieran causar.

Pese a lo expuesto, coinciden YZQUIERDO, NAVARRO MENDIZÁBAL y VEIGAS COPOS en señalar que en la práctica, en los casos de responsabilidad civil extracontractual por hechos de tercero dependiente no se está limitando la responsabilidad del sujeto responsable del tercero por la observancia de la diligencia debida⁷⁶³, sino que se está actuando contra el responsable sin demasiada observancia de su diligencia.

v. Otra diferencia puede encontrarse en los casos de *responsabilidad plural*, donde se dice que, en la responsabilidad civil contractual, estamos frente a una responsabilidad mancomunada pues el 1137 CC⁷⁶⁴ parece indicar que las obligaciones son, por defecto mancomunadas, salvo cuando expresamente se les otorgue un carácter solidario. Mientras que en la responsabilidad civil extracontractual la responsabilidad es solidaria, como consideramos que señala muy acertadamente YZQUIERDO, porque "el

⁷⁶² Art. 1903 CC: "*La obligación que impone el artículo anterior es exigible no sólo por los actos u omisiones propios, sino por los de aquellas personas de quienes se debe responder. / Los padres son responsables de los daños causados por los hijos que se encuentren bajo su guarda. (...) La responsabilidad de que trata este artículo cesará cuando las personas en él mencionadas prueben que emplearon toda la diligencia de un buen padre de familia para prevenir el daño*" (subrayado propio).

⁷⁶³ YZQUIERDO TOLSADA, Mariano (2016) *op. cit.* Pág. 103; NAVARRO MENDIZÁBAL, Iñigo A. y VEIGA COPO, Abel B. *op. cit.* Pág. 66.

⁷⁶⁴ Art. 1137 CC "*la concurrencia de dos o más acreedores o de dos o más deudores en una sola obligación no implica que cada uno de aquéllos tenga derecho a pedir, ni cada uno de éstos deba prestar íntegramente las cosas objeto de la misma. Sólo habrá lugar a esto cuando la obligación expresamente lo determine, constituyéndose con el carácter de solidaria.*"

Tribunal Supremo viene manteniendo una postura claramente decidida en favor de la solidaridad"⁷⁶⁵, que se extiende incluso a la responsabilidad civil contractual, sin que se encuentre una base normativa sólida, para justificar esta omisión a la regla que establece el artículo 1137 CC, que consideramos, coincidiendo con el autor, que no solo es aplicable a los contratos, sino a todas las obligaciones, sea cual sea su fuente (art 1089 CC).

Esto supone dos cosas: en primer lugar que se ha creado una distinción entre la responsabilidad civil contractual y la responsabilidad civil extracontractual que no parece tener base o apoyo normativo y, en segundo lugar, que esa distinción creada se está diluyendo, haciendo que, incluso en los casos de responsabilidad civil contractual, donde no debería regir la responsabilidad solidaria salvo cuando hubiera sido expresamente pactada en virtud del artículo 1137 CC, se aplique esta solidaridad, seguramente porque es "*una solución "justa", pero no "jurídica"*"⁷⁶⁶. En los contratos que observamos, la responsabilidad plural se podría dar en los casos en que tanto el profesional como la clínica son parte del contrato (deudores de la obligación de hacer).

vi. Otra distinción, señalada también por YZQUIERDO, es la diferencia de rango que tendrán los créditos frente al supuesto de concurso de acreedores, pues la Ley 22/2003⁷⁶⁷ establece en su artículo 91.5ª que "*son créditos con privilegio general: (...) 5º Los créditos por responsabilidad civil extracontractual*". Privilegio "*del que no disfrutaban los deudores contractuales*"⁷⁶⁸. Por lo que si imaginamos un deudor contractual profesional médico o centro médico, que se encuentra en situación de concurso de acreedores, es probable que a nivel de estrategia procesal fuera más interesante pretender el resarcimiento intentando una acción de responsabilidad civil basada en el 1902 CC, y no en el 1101 CC. Algo que también podría explicar, en parte, ciertos casos de responsabilidad civil en medicina estética, donde la defensa del perjudicado ha promovido acciones extracontractuales.

vii. Por último, la mayor de las diferencias, en la que coincide la mayoría de la doctrina, que se encuentra entre los dos regímenes de responsabilidad civil es el plazo de prescripción de las responsabilidades. Este plazo ha sido durante tantos años tan

⁷⁶⁵ YZQUIERDO TOLSADA, Mariano (2016) *op. cit.* Pág. 469.

⁷⁶⁶ *Cit. supra.* Pág. 470.

⁷⁶⁷ Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal. Publicada en el BOE núm. 164 de 10 de julio de 2003 (versión consolidada de octubre de 2015).

⁷⁶⁸ YZQUIERDO TOLSADA, Mariano (2016) *op. cit.* Pág. 104.

diferente en atención a si nos encontrábamos frente a responsabilidad civil contractual o a responsabilidad civil extracontractual que, en gran medida - y según nuestra humilde opinión -, ha sido la diferencia que ha motivado gran parte de las teorías unionistas de la responsabilidad civil.

El Código civil señala en la actualidad en el artículo 1964.2 CC, vigente desde el 7 de octubre de 2015 (fecha de entrada en vigor de la modificación que, sobre el texto original, introdujo la Disposición Final Primera de la Ley 42/2015⁷⁶⁹) que las acciones personales que no tienen un plazo especial estipulado prescriben a los cinco años desde el momento en que puede exigirse el cumplimiento de la obligación, anteriormente regía un plazo de quince años para estas acciones. En contraposición, el plazo de prescripción de la responsabilidad civil extracontractual está establecido en un año por el artículo 1968.2 CC.

La enorme distancia temporal existente para la prescripción de la acción, según sea o no contractual la responsabilidad, ha sido tremendamente criticada especialmente por cuanto el plazo de prescripción de un año se ha demostrado extremadamente breve e insuficiente en múltiples ocasiones y los tribunales han acudido a métodos peculiares para, por razones de justicia material para con las víctimas de daños, poder omitirlos o prolongarlos. Aspecto que ha provocado duras críticas a algunas resoluciones jurisprudenciales, por omitir la aplicabilidad de preceptos jurídicos, algo que fomenta la inseguridad jurídica.

Sin embargo, observamos perplejos como el plazo que se ha rectificado por el legislador es el largo - que se ha acortado -, sin que se haya usado esa reforma del código para unificar los plazos, o para ampliar en algo de tiempo el brevísimo plazo de prescripción de la responsabilidad extracontractual. Así mismo lo señala CAÑIZARES LASO cuando establece *"es realmente descorazonador que se acometa una reforma del art. 1964, en su párrafo segundo, sin preocuparse de realizar un riguroso análisis de la institución de la prescripción que hubiera conducido probablemente a una posible y fundamentada unificación de los plazos de prescripción y a una necesaria revisión no sólo de los plazos de prescripción sino también de los plazos de caducidad"*⁷⁷⁰.

⁷⁶⁹ Ley 42/2015, de 5 de octubre, de reforma de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil. Publicada en el BOE núm. 239, de 6 de octubre de 2015.

⁷⁷⁰ CAÑIZARES LASO, Ana, "Reflexiones sobre el nuevo plazo de prescripción de las acciones

Tal y como señala CAÑIZARES LASO, en la modernización del Código Civil Alemán - *BGB o Bürgerliches Gesetzbuch*⁷⁷¹ - han unificado el plazo de prescripción. De hecho - como señala la propia autora -, en muchos países de nuestro entorno, como Dinamarca, Países Bajos, Reino Unido, Suecia y Alemania el plazo de prescripción se ha unificado, eliminando una de las mayores distinciones entre la responsabilidad civil contractual y la extracontractual.

Mientras esa situación no se traslade a la normativa española, continuaremos con el conflicto de los dos plazos diferenciados y el resto de diferencias que, en mayor o menor medida, como hemos visto, afectan a la responsabilidad civil contractual y extracontractual y que, nos llevan a que exista una cierta confusión que puede generar inseguridad jurídica o promover el uso torticero de los regímenes de responsabilidad civil.

Visto, sin embargo, que la legislación civil se ha actualizado recientemente - a finales de 2015 - perpetuando las distinciones entre los dos regímenes, parece evidente que debemos separar el *estudio de las dos responsabilidades civiles* pues, como bien dijimos al inicio del presente capítulo, que consideremos que los daños que puedan derivarse de los contratos de actos médicos de satisfacción son siempre contractuales no significa que siempre haya habido unanimidad sobre ese extremo o que incluso en momentos contemporáneos a esta investigación se estén llevando a cabo procesos en los que se pretende hacer usos extensivos de los distintos tipos de responsabilidad, lo que justifica el estudio de ambos regímenes.

1.2. *Lex Artis y Mala Praxis*

Previo al estudio de la responsabilidad civil contractual y extracontractual, consideramos oportuno trabajar dos conceptos opuestos y que, en el ámbito de la responsabilidad civil médica siempre tienen un papel relevante. Se trata de la *lex artis* y de la *mala praxis*, que son figuras antagónicas, es decir, son antónimos que se usan para

personales" en *¿Hay Derecho? El Blog sobre la Actualidad Jurídica y Política*. 9 de marzo de 2016. Disponible en: <http://hayderecho.com/2016/03/09/reflexiones-sobre-el-nuevo-plazo-de-prescripcion-de-las-acciones-personales/>

⁷⁷¹ *Bürgerliches Gesetzbuch 1896* o "*BGB*" - Código Civil Alemán promulgado el 1896 (entró en vigor en 1900). Fue modernizado en 2002, aunque antes y después de esa fecha, se le han realizado distintas modificaciones.

valorar la actuación de los profesionales de cualquier sector, pero que han tenido un especial protagonismo en los actos médicos, y también en los actos médicos de satisfacción.

Tradicionalmente se entiende que la locución latina *lex artis* se refiere a las *leyes del oficio*, es decir, que son el conjunto de prácticas y reglas que rigen una profesión concreta. En el campo de la responsabilidad sanitaria la *lex artis* es la aplicación de las *reglas generales médicas*, a casos iguales o parecidos. Es decir, es la revisión de la actuación de los profesionales para observar si se siguieron los estándares de actuación de la profesión⁷⁷².

Seguir las reglas del oficio o actuar conforme a la *lex artis* supone que la actuación profesional ha sido conforme al cuidado objetivamente debido. La libertad de los profesionales sanitarios queda limitada por la *lex artis*, de modo que deben actuar, en todo caso, conforme a los precedentes médicos y mecanismos lógicos y prudentes, actuando además, con todos los medios ordinarios a su alcance, aunque estas normas del oficio no son siempre iguales, sino que van evolucionando paralelamente a la evolución producida en la especialidad del profesional.

Cuando los profesionales actúan conforme a lo mencionado, es decir, cuando se ciñen a los precedentes médicos y utilizan todos los medios a su disposición, pueden considerar que se están ciñendo a la *lex artis*. Así lo expresa, entre otros, SARRATO MARTÍNEZ que señala que el auge reciente de los instrumentos tales como protocolos de actuación o las guías de buenas prácticas clínicas han servido para establecer unas pautas sobre qué actuaciones pueden considerarse ajustadas a la *lex artis*⁷⁷³.

⁷⁷² MONTALVO REBUELTA define la *lex artis* como "la consideración al caso concreto en que se produce la actuación e intervención médica y las circunstancias en que las mismas se desarrollen y tengan lugar, así como las incidencias inseparables en el normal actuar profesional". Vid. MONTALVO REBUELTA, Pablo, "Análisis de la postura de nuestros tribunales ante los pleitos relacionados con cirugía plástica y estética" en *Revista CESCO de Derecho de Consumo*. Nº 8/2013. Págs. 196 a 208. (La cita se extrae de la Pág. 198).

⁷⁷³ Señala el autor: "en los últimos años, el desarrollo de los protocolos y de las guías de práctica clínica ha ayudado notablemente a la hora de establecer unos criterios mínimos que definan la *lex artis*, fundamentados en la evidencia científica y cuyo objetivo es, entre otros, la disminución de dicha variabilidad". Vid. SARRATO MARTÍNEZ, Luis, "Delimitación jurídica y contenido de la denominada <<Lex Artis>> médica" en *Actualidad Jurídica Aranzadi* núm. 728/2007 - Comentario. Ed. Aranzadi. 2007. Pamplona. Disponible online ID. Aranzadi: BIB2007\471.

Sin embargo, cuando los médicos innovan, o se separan de las actuaciones precedentes por utilizar vías no contrastadas se arriesgan a incurrir en responsabilidad cuando no obtienen un resultado positivo, tanto si hablamos de actos de sanación como si hablamos de medicina estética.

Aún así, la medicina es una ciencia en constante evolución y debe haber un equilibrio entre actuaciones conservadoras y nuevas prácticas que hagan evolucionar y mejorar el *estado de la ciencia*. Pues repetir actuaciones seguras, además de no garantizar la indemnidad - pues aun repitiendo una práctica conocida se pueden producir daños -, acabaría con la evolución e innovación médica, originando un estancamiento de la ciencia.

La *lex artis* debe observarse en cada caso concreto y será el estudio de la llamada *lex artis ad hoc* lo que definirá la existencia, o no, de desviaciones en el actuar del profesional sanitario en el caso concreto. Es decir, cuando analizamos la *lex artis* de un profesional ante un caso concreto, hablamos de *lex artis ad hoc*⁷⁷⁴.

En el año 1995, MARTÍNEZ-CALCERRADA realizó un estudio pormenorizado de la figura de la *lex artis ad hoc* y la definió estableciendo que es:

*"(...) aquel criterio valorativo de la corrección del concreto acto médico ejecutado por el profesional de la medicina -ciencia o arte médica- que tiene en cuenta las especiales características de su autor, de la profesión, de la complejidad y trascendencia vital del actor, y, en su caso, de la influencia en otros factores endógenos -estado o intervención del enfermo, de sus familiares, o de la misma organización sanitaria-, para calificar dicho acto de conforme o no con la técnica normal requerida (derivando de ello tanto el acervo de exigencias o requisitos de legitimación o actuación lícita, de la correspondiente eficacia de los servicios prestados y, en particular, de la posible responsabilidad de su autor/médico por el resultado de su intervención o acto médico ejecutado)"*⁷⁷⁵.

Este argumento se repite todavía actualmente en la Jurisprudencia del Tribunal Supremo.

⁷⁷⁴ Para ALBI NUEVO, la *lex artis ad hoc* es la adecuación de los profesionales, en el caso concreto, a las "normas de lo que son los protocolos y los criterios de lo que constituye una correcta actuación médica en el caso analizado". Vid. ALBI NUEVO, Julio, "La carga de la prueba en los procedimientos de responsabilidad sanitaria" en *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, Núm. 8/2013. Págs. 259-273.

⁷⁷⁵ MARTÍNEZ-CALCERRADA Y GÓMEZ, Luis, "Responsabilidad médica en su dualidad funcional: cirugía asistencial, cirugía satisfactoria. (Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 25 de abril de 1994. Juego de la "lex artis ad hoc")" en *La Ley: revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*. Año 1995, Tomo 3º, páginas 698 - 712. 1995. Madrid.

Además de la definición señalada, MARTÍNEZ-CALCERRADA señala las que él considera como notas principales de la *lex artis*, que consideramos que están plenamente vigentes, más de veinte años después de esta publicación. Señala el autor que:

"A) Como tal lex implica una regla de medición de una conducta, a tenor de unos baremos que valoran la misma.

B) Objetivo: Se trata de valorar la corrección o no del resultado de dicha conducta, o su conformidad con la técnica normal requerida, o sea, que esa actuación médica sea adecuada o se corresponda con la generalidad de conductas profesionales ante casos análogos.

C) Técnica: Los principios o normas de la profesión médica en cuanto ciencia se proyectan al exterior a través de una técnica y según el arte personal de su autor.

D) Profesionalidad: El autor o afectado por la lex es un profesional de la medicina.

E) Módulos de integración axiológica: a) autor: circunstancias personales y profesionales -especialidad- del médico; b) del objeto sobre que recae: especie de acto (clase de intervención, gravedad o no, dificultad de ejecución); c) factores endógenos: tanto en la intervención o en sus consecuencias puede haber influido el estado del enfermo -grave o no-, así como sus familiares -tensión suplicante por la enfermedad-, la misma organización sanitaria -debe actuar o no, con medios o instrumentos adecuados o no-, etc.

*F) Concreción de cada acto médico o presupuesto ad hoc: Tal vez sea éste el aporte que individualiza a dicha lex artis. Así como en toda profesión rige una *lex artis*, que condiciona la corrección de su ejercicio, en la medicina esa *lex*, aunque tenga un sentido general, responde a las peculiaridades de cada acto, en donde influirán en un sentido y otro los factores antes vistos (no es igual valorar a efectos de responsabilidad, v. gr., una asistencia a un enfermo moribundo, que a otro leve; una autopsia, que un reconocimiento; recomendar un tratamiento dietético, que suministrar un medicamento; practicar una cesárea un médico rural de Condemios de Abajos, que el equipo médico del Queen Victoria Medical Center de Melbourne; etc.)⁷⁷⁶.*

El Tribunal Supremo, ha analizado la *lex artis* en múltiples ocasiones, pero coincidimos con SARRATO MARTÍNEZ en señalar que la Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de diciembre de 2006⁷⁷⁷ realiza un profundo y pedagógico análisis de esta figura jurídica, donde como veremos seguidamente, se repite la definición que en el

⁷⁷⁶ MARTÍNEZ-CALCERRADA Y GÓMEZ, Luis, *Op. Cit* (en La Ley - 1995) pág. 703 y 704.

⁷⁷⁷ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 18 de diciembre de 2006. Ponente D. José Antonio Seijas Quintana. RJ\2006\9172.

año 1995 recogía en su artículo MARTÍNEZ-CALCERRADA y que también había sido en parte desarrollada por jurisprudencia más antigua.

Al respecto de esta STS de 18 de diciembre de 2006 en primer lugar debemos indicar que la sentencia está resolviendo un caso de medicina curativa y no de medicina voluntaria, sin embargo, consideramos que es muy acertado y que podría extenderse sin demasiados conflictos a nuestro objeto de estudio.

En su Fundamento de Derecho Segundo, se define la *lex artis ad hoc* como "*criterio valorativo para calibrar la diligencia exigible en todo acto o tratamiento médico, en cuanto comporta no sólo el cumplimiento formal y protocolar de las técnicas previstas con arreglo a la ciencia médica adecuadas a una buena praxis, sino la aplicación de tales técnicas con el cuidado y precisión exigible de acuerdo con las circunstancias y los riesgos inherentes a cada intervención según su naturaleza y circunstancias*", según una línea argumental que el propio TS había esgrimido en otras STS, como la de 23 de mayo de ese mismo año 2006⁷⁷⁸ que señala, además, "*que la lex artis ad hoc [reglas del oficio para el caso] exige tener en cuenta las características del autor, de la profesión, la complejidad y la trascendencia vital*" (FJ 2º).

Es decir, que además de que se hayan seguido las reglas generales, se requiere el análisis del caso concreto, para valorar en las circunstancias específicas, qué grado de complejidad existía, pues no es lo mismo realizar una intervención programada y dentro de un centro hospitalario con todas las herramientas e instrumental necesario, además de con el auxilio de los demás profesionales sanitarios, que realizar una intervención de urgencia en plena montaña, para salvar la vida de una persona que haya sufrido un accidente. En este segundo caso concreto, la *lex artis ad hoc* debe ajustarse a los medios con los que contaba el profesional, pues sería extremadamente injusto esperar que el proceder fuera el mismo en esas dos situaciones.

En los casos de actos médicos de satisfacción la *lex artis* en cuanto a la intervención o tratamiento en sí no difiere demasiado de la *lex artis* que se solicita para un acto médico con finalidad curativa. Aunque tradicionalmente se consideró que para algunos aspectos, como por ejemplo el consentimiento informado, cabía exigir un *plus* de exhaustividad, consecuencia de la mencionada *voluntariedad* de las intervenciones

⁷⁷⁸ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 23 de mayo de 2006. Ponente D. Juan Antonio Xiol Ríos. RJ\2006\3535.

de tipo estético o satisfactorio. Ya vimos⁷⁷⁹ que la legislación sobre autonomía de la voluntad de los pacientes no parece justificar esa distinción (al menos en la interpretación que realizamos de la normativa), que responde más a una comprensión jurisprudencial y doctrinal, que creemos que debería ser superada.

La *lex artis* recoge también - en nuestra opinión - todas aquellas cuestiones que cabían dentro de las definidas como *obligaciones de seguridad* del profesional, son cuestiones accesorias al objeto principal de las intervenciones médicas pero relevantes: como, por ejemplo, un consentimiento informado correcto, un adecuado estudio de la situación previa del paciente, conservar el secreto profesional, gestionar con extremada delicadeza los datos en salud de los pacientes y de los clientes, pues como vimos son datos de carácter personal especialmente protegidos⁷⁸⁰, entre otras actuaciones. Como elemento curioso, encontramos una posición interesante a nuestro objeto de estudio, es la de ANDREU TENA [*et. au.*] que consideran que "*en los supuestos de medicina voluntaria, en que no medie promesa de resultado, si bien no cabe exigir a la actuación del profesional sanitario la conformidad del cliente con el resultado, si cabe que esta se adecue a la denominada lex artis ad hoc, o lo que es lo mismo, deberá actuar conforme a las normas de la profesión*"⁷⁸¹.

Si vinculamos esta postura a la literalidad del Código Civil, encontramos el artículo 1104 CC que establece que "*la culpa o negligencia del deudor consiste en la omisión de aquella diligencia que exija la naturaleza de la obligación y corresponda a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar. Cuando la obligación no exprese la diligencia que ha de prestarse en su cumplimiento, se exigirá la del buen padre de familia*". Hablar de *lex artis* es hablar en cierto modo de la diligencia del deudor, y hablar de culpa o negligencia, supondrá hablar de la *mala praxis*, cuando estemos en casos de actuaciones médicas. Según el comentario al artículo 1104 CC de CARRASCO PERERA "*la diligencia, cuya negación es la culpa, es la que <<ha de prestarse en el cumplimiento>>*"⁷⁸².

⁷⁷⁹ Vid. Capítulo II.

⁷⁸⁰ Tal y como señala el artículo 7.3 de la Ley Orgánica 15/1999, de Protección de Datos de Carácter Personal.

⁷⁸¹ ANDREU TENA, Eduard; AZPARREN LUCAS, Agustín y DONAT LAPORTA, Emilio, "Estudio jurisprudencial en medicina satisfactiva" en *Revista Española de Medicina Legal*. Núm. 4. Año 2013. Págs. 162 - 167. (La cita se extrae de la página 164).

⁷⁸² CARRASCO PERERA, Ángel, "Comentario al artículo 1104 CC" en ALBALADEJO, Manuel (dir.),

A esto cabe añadir la interpretación de BADOSA COLL, que considera que la diligencia de la que habla el artículo 1104 CC "*no solo establece su localización en el <<período de cumplimiento>> de la obligación sino además una finalidad material; la diligencia ha de estar <<dirigida a>> provocar el cumplimiento como <<conducta>>*"⁷⁸³

Desde nuestra posición, defendemos una concepción extensiva del término *lex artis*, queremos entender que, cuando se procede a valorar la actuación del profesional, cualquier aspecto que se aparte de la diligencia exigible y de la práctica convencional puede llegar a suponer una infracción de la *lex artis ad hoc*, o lo que es lo mismo, como veremos seguidamente, *una mala praxis*.

Se entiende por la mayoría de la doctrina⁷⁸⁴ que la *mala praxis* se puede definir a partir de la negación de la *lex artis*, así el profesional que no actúe dentro de los requisitos de la *lex artis*, podría entenderse que está realizando una práctica negativa. Esta afirmación no siempre es correcta, pues el médico puede apartarse de las técnicas previstas o conocidas en su tiempo, con el objetivo de buscar nuevas soluciones e innovar en la medicina. Si no fuera así, repetimos, la medicina sería una ciencia estanca, incapaz de evolucionar por miedo a incurrir en responsabilidades.

Ajustar la intervención a realizar a las prácticas ya conocidas no supone, *per se*, que se esté actuando dentro de los límites de la *lex artis*, pues como hemos dicho, en ocasiones también puede incurrir en algún tipo de *mala praxis* por otros motivos, conectados a la intervención y que también son obligaciones del profesional, pero no referidas únicamente a la realización efectiva de una cierta técnica médica. Uno de los ejemplos más claros es la intervención sin el correcto consentimiento informado donde sin que quepa duda alguna, se estará procediendo de forma opuesta a la *lex artis*.

Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales. Tomo XV. Vol. I. Ed. Revista de Derecho Privado. 1989. Madrid. Págs. 585 - 630. (La cita se extrae de la página 586).

⁷⁸³ BADOSA COLL, Ferrán, "Comentario al artículo 1104 CC" en PAZ-ARES RODRÍGUEZ, Cándido; Díez-PICAZO PONCE DE LEÓN, Luis; BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo y SALVADOR CODERCH, Pablo (dirs.), *Comentario del Código Civil*. Tomo II. Ed. Ministerio de Justicia. 1991. Madrid. Págs. 40 a 42. (La cita se extrae de la pág. 40).

⁷⁸⁴ Dice ROMERO COLOMA "la mala praxis consiste en no cumplir adecuadamente, salvo razonada justificación, con las reglas y preceptos destinados a este fin. En otras palabras, quizás más sencillas, pero también más expresivas, la mala praxis significa o supone no seguir la *lex artis*, desviarse de la actuación correcta o bien hecha" en ROMERO COLOMA, Aurelia M^a, *El Resultado Desproporcionado en Medicina: Problemática Jurídica, Teórica y Práctica*. Colección: Scientia Iurídica. 2007 Madrid – Reus. Pág. 26.

Incluso cuando la intervención ejecutada sea la más conveniente al caso concreto y de ella incluso se derive el objetivo de la intervención (en la medicina de curación), o se logre alcanzar el resultado que motivó al cliente a contratar el acto médico de satisfacción (en la medicina voluntaria).

Así, pese a que son conceptos difícilmente explicables el uno sin el otro – dado que por norma se define la *mala praxis* como negación de la *lex artis* –, la coincidencia entre ellos no es absolutamente exacta.

Esto se debe a que la terminología *mala praxis* se suele utilizar como sinónimo de negligencia médica en el más amplio de los sentidos y no sucede lo mismo con la *lex artis*, que en mi opinión se ciñe demasiado a la actuación médica concreta (intervención quirúrgica, prueba diagnóstica, depilación láser, ...) y entiendo que, fruto de ello, el término *mala praxis*, además de englobar la inobservancia de la *lex artis ad hoc*, puede recoger también la observancia deficiente, el resultado inexacto pese a la observancia de la *lex artis* y, en definitiva, todo aspecto que haga que el intervenido considere que la actuación del profesional no se ajusta a lo pactado.

Así, me aventuro a circunscribir dentro de la *mala praxis*, todo incumplimiento contractual del profesional, cuando nos manejemos dentro del ámbito de los actos médicos de satisfacción - con o sin finalidad estética - y todo incumplimiento de la diligencia debida, con independencia de ante qué acto médico nos encontremos.

No olvidemos que es posible que la actuación sea correcta conforme a la *lex artis* que debe pautar la intervención del profesional médico estético, pero que, a su vez, quepa hablar de *mala praxis* dado que éste segundo término tiene, según mi modo de entenderlo, un sentido más amplio⁷⁸⁵.

En nuestra opinión, al respecto de la dicotomía *lex artis vs mala praxis*, si se entiende que la obligación del profesional estético es de resultados - como definiendo

⁷⁸⁵ Especialmente en los casos en los que el actuar médico debe ajustar se a la obtención de un resultado prometido, que no se resume a los *actos médicos de satisfacción con finalidad estética* – donde en mi opinión es indiscutible que debe existir cuidado no solo en los medios –, sino que alcanza los tratamientos de esterilización – como la vasectomía – o los tratamientos de diagnóstico más sencillos, e incluso a la odontología. Pues aun aceptando, el argumento jurisprudencial de la exigencia de que se haya prometido el resultado para poderlo considerar como objeto de un contrato más similar al contrato de obra, no aceptamos que los profesionales no puedan ofertar o prometer un resultado y que, en ese caso, el mismo sea exigible (*vid.* Cap. III.).

como mínimo para los casos en que exista promesa de resultado (expresa o tácita) en el momento de celebrarse el contrato - la *lex artis ad hoc* de la técnica a realizar en un caso o frente a un contrato concreto puede considerarse respetada y, a la vez, podría el profesional incurrir en *mala praxis*, si entendemos que dentro de ella cabe - además de las obligaciones de seguridad -, el resultado inexacto, que podría considerarse como *mala praxis* por incumplimiento o cumplimiento deficiente del contrato, como veremos a continuación.

En todo caso, se incluya o no en la *mala praxis* la actuación del profesional relativa a la no obtención del resultado, es decir, aún ubicándonos en las teorías que consideran que no puede darse *mala praxis* si la técnica utilizada se ha ajustado a las reglas de la *lex artis*, entendemos que no cumplir lo pactado genera una serie de acciones al deudor de las obligaciones, que constituirá la responsabilidad civil por incumplimiento contractual, en la que habrá incurrido el acreedor⁷⁸⁶.

Lex artis y diligencia médica, como señala LÓPEZ DE LA CRUZ, son aspectos fundamentales dado que, fruto de las posturas jurisprudenciales señaladas en el capítulo anterior, se descarta la existencia de una responsabilidad objetiva, y se apuesta por una responsabilidad basada en la culpa⁷⁸⁷. Es decir, tal y como veremos en próximos apartados, se ha dejado de considerar que cabe prescindir de la culpa en las causas de responsabilidad civil médica - incluso cuando había una promesa de resultado -, motivo por el que el análisis de la actuación del profesional se torna imprescindible.

⁷⁸⁶ Así mismo lo considera, FACHAL NOGUER al establecer que “en determinados ámbitos de la medicina moderna el médico se obliga también a la obtención de un resultado, lo que provoca el incumplimiento contractual en caso de que aquél no sea alcanzado. Sucede de esta forma en el campo de la cirugía estética, odontología e intervenciones para la esterilización del paciente, todos ellos supuestos paradigmáticos, en los que la obligación que asume el facultativo es calificada como una obligación de resultado, lo que provoca que el cumplimiento íntegro y satisfactorio de la prestación asumida por aquél se haga depender de la realización de éste último”. Vid. FACHAL NOGUER, Ana, “Reglas de la carga de la prueba en la responsabilidad civil médica: Cuestiones Polémicas”. En Vlex. ENERO 2007. Id. Vlex 444452 – <http://vlex.com/vid/reglas-carga-medica.cuestiones-polamicas-444452>.

⁷⁸⁷ Según la autora: “en la conducta de los profesionales sanitarios queda en general descartada toda clase de responsabilidad más o menos objetiva, sin que opere la inversión de la carga de la prueba, estando por tanto a cargo del paciente la prueba de la relación o nexo de causalidad y la de la culpa, ya que a la relación causal material o física ha de sumarse el reproche culpabilístico, y sin ello no hay responsabilidad sanitaria”. LÓPEZ DE LA CRUZ, Laura, “Estructura general de la responsabilidad extracontractual” en SERRANO FERNANDEZ, María (coord.) *Tratado Jurisprudencial de Responsabilidad por Daños*. Ed. Tirant lo Blanch. 2013. Valencia. Pág. 86.

Esto no quiere decir que la objetivación de la culpa fuera la panacea, tal y como señalan AMARILLA GUNDIN y AMARILLA MATEU hablando de la responsabilidad existente antes del Texto Refundido de la Ley General de Defensa de Consumidores y Usuarios⁷⁸⁸. Si bien es cierto que la cita realizada se encuentra circunscrita en el ámbito de la información terapéutica, hemos visto como la información también forma parte de la *lex artis*, que vincula al profesional.

En conclusión, podemos resumir diciendo que la *lex artis ad hoc* es un criterio valorativo de la corrección del concreto acto médico ejecutado por un profesional de la medicina⁷⁸⁹.

Y debe tenerse en cuenta no solo las características del profesional y la complejidad de la intervención, sino también, otros factores concretos del caso, como el estado del paciente antes de la intervención, las prácticas realizadas, y, todas aquellas cuestiones que puedan considerarse esenciales para esclarecer si la actuación del sanitario puede calificarse como conforme o disconforme a la técnica normal requerida, ante una plausible responsabilidad del mismo.

La ubicación del presente apartado en un momento previo al análisis de la responsabilidad contractual y extracontractual se realiza precisamente por el hecho de que la *lex artis* es un aspecto previo a las dos responsabilidades, pues siempre deberá analizarse, sea la intervención médica del tipo que sea y, en su virtud, con

⁷⁸⁸ Establecen los autores: "la aparente ventaja que suponía un régimen de responsabilidad objetiva - que no busca determinar la culpabilidad en el seno de proceso en aras de facilitar la reclamación a la parte débil de la relación jurídica (consumidor) - conllevaba importantes inconvenientes que se mantienen tras la aprobación del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (...). Eliminar la culpabilidad como criterio de atribución de responsabilidad, durante el proceso [hace que] no se profundizará en cuáles han sido las causas del daño producido ni se comprobará en qué medida contribuyó el causante del daño a la producción del mismo". AMARILLA GUNDIN, Manuel, AMARILLA MATEU, Nuria, "La responsabilidad civil por la información sobre medicamentos tras la aprobación del Texto Refundido de la Ley de Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias" en AMARILLA GUNDÍN, Manuel y SEMPERE NAVARRO, Antonio, (coord.) *Derecho Farmacéutico Actual*. Ed. Thomson Reuters - Aranzadi. 2009. Madrid. Pág 170 - 171.

⁷⁸⁹ Por ello concluye VÁZQUEZ BARROS que "la actuación de los médicos debe regirse por la denominada <<lex artis ad hoc>>; es decir, en consideración con el caso concreto en que se produce la actuación e intervención médica y las circunstancias en que las mismas se desarrollen y tengan lugar, así como las incidencias inseparables en el normal actuar profesional, caracterizándose la responsabilidad del médico por los requisitos de acción u omisión voluntaria, resultado dañoso y relación de causalidad". Vid. VÁZQUEZ BARROS, Sergio, *Responsabilidad civil de los médicos. Doctrina, Legislación Básica, Jurisprudencia, Formularios y Bibliografía*, Ed. Tirant lo Blanch. Tratados. 2009. Valencia. Pág. 24

independencia de que nos ubiquemos frente a responsabilidad civil extracontractual o contractual.

Ello sin perjuicio de que, en nuestro objeto de estudio, siempre consideramos los actos médicos de satisfacción con finalidad estética como actuaciones que surgen fruto de un vínculo contractual, como señalamos anteriormente, por lo que entendemos que la responsabilidad que de ellos se derive debiera ser responsabilidad civil contractual.

2. La Responsabilidad Civil Contractual

Ya se ha referido que existe mucha literatura jurídica, y muy diversa, que intenta desgranar en qué circunstancias de un daño debe surgir responsabilidad civil contractual y cuando debe surgir la extracontractual, e incluso hay corrientes doctrinales que apuestan por abandonar el sistema de doble régimen de responsabilidad y por la unión de ambos tipos de responsabilidad. Sin embargo, la mayoría de la doctrina considera que, cuando estamos frente a una relación contractual, hay ciertos supuestos en los que no ha lugar a dudas al respecto del tipo de responsabilidad que se deriva.

Cuando existe una relación contractual válida y en el cumplimiento de las obligaciones que se derivan de las mismas - y que se esperan como prestación del contrato - surge un daño, se entiende que es contractual, especialmente cuando el mismo se puede identificar con el cumplimiento incorrecto o el incumplimiento del contrato.

Muy didácticamente SILLERO CROVETTO señala que *"el deber de indemnizar, en el primer caso, [responsabilidad contractual] deriva de otro deber, el de cumplir, que se ha infringido previamente"*⁷⁹⁰. Así, el acto ilícito civil surge por la vulneración de lo que se estableció previamente en el contrato, de la relación previa y es esa relación contractual la que deberá ser observada, para poder hallar el alcance de la responsabilidad.

En el Código Civil no existe regulación específica al respecto de la responsabilidad civil médica, siendo sin embargo, la *fuerza primordial*⁷⁹¹ de la responsabilidad por actos médicos. La responsabilidad médica, como sabemos, surge

⁷⁹⁰ SILLERO CROVETTO, Blanca, *La responsabilidad civil médico-sanitaria* en CAMAS JIMENA, Manuel (Coord.), Responsabilidad Médica. Ed. Tirant lo Blanch. 2013.Valencia. Pág. 144.

⁷⁹¹ Como señalan entre otros SILLERO CROVETTO, Blanca, *Cit. Supra*. Pág. 144.

por la producción de un daño entre personas, cuando el sujeto que lo produce es un médico que está desarrollando o realizando actuaciones propias de su profesión. La responsabilidad civil contractual se encuentra regulada en los artículos 1101 a 1108 CC que irán siendo desgranados a lo largo de la exposición y que, de hecho, se refieren al incumplimiento contractual y se pueden identificar con la *responsabilidad civil contractual en sentido amplio*, pues si atendemos a la doctrina la responsabilidad civil contractual en *sentido estricto* se referirá al resarcimiento de los daños producidos por el incumplimiento contractual⁷⁹².

Para que podamos hablar de este tipo de responsabilidad en los actos médicos de satisfacción con finalidad estética, es decir, derivada de incumplimiento contractual, YZQUIERDO señala que son necesarios ciertos elementos:

- *Que exista un contrato. "Un contrato ya formado entre los que hoy resultan ser dañador y víctima"*⁷⁹³. Este primer requisito se da, como hemos dicho en el caso de los actos médicos de satisfacción con finalidad estética pues, al estar fuera de los servicios ofrecidos y financiados por el Sistema Nacional de Salud, siempre que se realicen será gracias a relaciones privadas entre el profesional y su cliente, es decir gracias a una relación contractual. YZQUIERDO señala, además, que es necesario que el contrato *"vincule efectivamente al responsable y la víctima"*⁷⁹⁴.

- *Que el contrato sea válido*⁷⁹⁵. En este caso deberá observarse caso por caso, pero *a priori* los contratos que se celebren entre profesionales y clientes, si ambas partes tienen suficiente capacidad de obrar y celebran el contrato para la realización de un acto médico de satisfacción - que es una causa lícita - no debería existir controversia. Sin embargo, como decimos, es uno de los elementos que deben analizarse caso por caso. En el supuesto de que el contrato no fuera válido, consideramos que podrían llevarse a cabo acciones de responsabilidad civil extracontractual para reclamar los daños que de la intervención se derivasen.

- *Que el daño resulte del incumplimiento contractual*⁷⁹⁶. Esta cuestión será especialmente relevante en nuestro objeto de estudio, y justifica que se realice un

⁷⁹² YZQUIERDO TOLSADA, Mariano, (2015) *op. cit.* Pág. 92.

⁷⁹³ YZQUIERDO TOLSADA, Mariano, (2001) *op. cit.* Pág. 86.

⁷⁹⁴ *Cit. Supra.* Pág. 91.

⁷⁹⁵ *Cit. Supra.* Pág. 90.

⁷⁹⁶ *Cit. Supra.* Pág. 94.

estudio pormenorizado de la responsabilidad civil extracontractual vinculada a los actos médicos de satisfacción con finalidad estética, pues puede suceder, como veremos, que las obligaciones del contrato se cumplan pero que, sin embargo, se produzcan daños a la víctima. Según BARROS BOURIE *"el incumplimiento no implica necesariamente un daño porque se refiere exclusivamente a la falta de realización del contrato; a la insatisfacción formal del interés fundado en el mismo. Esa insatisfacción, por ser sólo formal (exclusivamente relacionada con el contrato), no es necesariamente un daño, apreciado desde el conjunto de la situación patrimonial del acreedor"*⁷⁹⁷.

Es muy complejo delimitar hasta qué punto los daños producidos a la víctima son, o no, fruto del cumplimiento o del incumplimiento del contrato, especialmente cuando nos encontramos frente actos médicos de satisfacción con finalidad estética donde se obtiene el resultado que se contrató - por ejemplo se reduce el tamaño de la nariz del cliente -, pero se causa un daño a la persona - el cliente queda en estado de coma -; en casos como este existe una enorme controversia, como analizaremos, al respecto de qué tipo de responsabilidad civil es la que debe operar.

Al analizar estos tres primeros requisitos generales para que podamos calificar el daño como contractual y, en su virtud, deba regir la responsabilidad civil contractual, consideraremos que, en el caso que nos ocupa de los actos médicos de satisfacción con finalidad estética, definitivamente pueden darse todos ellos - y consideramos que se dan en la mayoría de supuestos -.

En lo que atañe a la responsabilidad contractual, los autores más prolíferos en materia de responsabilidad médica coinciden al señalar que ya resulta pacífico apuntar que cabe acudir a esta construcción cuando *"entre el dañado y el responsable exista una relación obligatoria (...) con fundamento contractual"*⁷⁹⁸.

No siempre es fácil determinar quiénes son parte de la relación contractual, aunque para lo que a nosotros interesa, los actos médicos de satisfacción se contratan con un profesional médico-estético o con una clínica o centro médico (o con ambas partes a la vez). Obviamente, además, en el momento en que ya nos ponemos a analizar los posibles responsables, porque ya ha habido un daño, entran en juego figuras como

⁷⁹⁷ BARROS BOURIE, Enrique, *Op. Cit.* Pág.213.

⁷⁹⁸ ASÚA GONZALEZ, Clara Isabel, en REGLERO CAMPOS, Tomo II- Parte Especial Primera, *Op. Cit.* Pág. 712.

las aseguradoras de la responsabilidad civil de los médicos y de las clínicas estéticas, así como los Colegios de Profesionales Médicos, que en multitud de ocasiones actúan mediando en los conflictos entre clientes y profesionales y además realizan una enorme labor de inspección y control de sus colegiados desde el punto de vista del análisis del cumplimiento de las reglas de la deontología.

Cuando celebramos un contrato de actos médicos de satisfacción, el mismo puede finalizar de infinitas maneras, pero hemos considerado que, de hecho, podemos sistematizarlas en cuatro finales estandarizados, fruto de nuestro estudio y que, salvo el primero⁷⁹⁹, serán analizados en mayor profundidad en los apartados siguientes:

a) El primero de los finales y, además, el que todo el mundo pretende cuando se obliga contractualmente, es que las obligaciones que se derivan del contrato - sean para una o para todas las partes del mismo - se cumplan correctamente en el plazo pactado o establecido a tal efecto. Es decir, que se dé el *cumplimiento perfecto del contrato*, que en nuestro ámbito de estudio se traduciría en que el médico realizase las praxis pautadas de conformidad con la *lex artis ad hoc* y que, en el caso de que hubieran sido prometidos⁸⁰⁰, los resultados se hubieran logrado gracias a la intervención. O, en el caso de que no se hubieran prometido o se entendiera que la obligación era de medios, que el cliente del acto médico estuviera satisfecho con el resultado embellecedor de la intervención y con la actuación realizada por el profesional aplicando en ella los medios exigibles de acuerdo con las reglas de la diligencia. Además, como estamos ante un contrato sinalagmático, también es preciso que la contraparte abone en el tiempo convenido el precio acordado por la realización de la actuación médica. En estos casos, el contrato finaliza sin que surja ningún tipo de responsabilidad. Y debemos señalar, que pese a la enorme litigiosidad vinculada a los actos médicos de satisfacción con finalidad estética, este es el final más frecuente, dado que el volumen de intervenciones médico-estéticas no deja de aumentar.

b) En segundo lugar, puede producirse un incumplimiento, es decir, que una de las partes no haya cumplido con las obligaciones a las que el contrato le constreñía. Este

⁷⁹⁹ Pues en ese caso, como veremos inmediatamente, no surge responsabilidad civil contractual.

⁸⁰⁰ O si se atiende a posturas un poco más arriesgadas, como la que defendemos: en todos los casos en los que la finalidad sea estética y pueda entenderse que el resultado estaba prometido, aunque fuera de forma tácita por las partes, por lo que el principio de integración de los contratos del artículo 1258 CC lo convertiría en algo exigible.

incumplimiento puede, a la vez, ser de múltiples tipos y admite grado, que iría desde un *cumplimiento imperfecto o inexacto* - pero incumplimiento al fin y al cabo - donde la mayoría de las obligaciones se han observado (incluyendo las obligaciones fundamentales, por eso se habla de cumplimiento imperfecto), pero no se ha cumplido al completo todos los extremos del contrato, al *incumplimiento contractual* propiamente dicho, donde deberá observarse si el cumplimiento ha dejado de ser posible, y deberá producirse el cumplimiento por equivalente pecuniario, o si bien aún es posible el cumplimiento *in natura* aunque para ello deba acudir a la ejecución forzosa. En el presente capítulo se analizarán más profundamente el *cumplimiento imperfecto* y el *incumplimiento contractual* y sus distintos formatos.

c) La tercera posibilidad que será analizada es que, por la propia celebración del contrato y por las peculiaridades del objeto, se cause un daño contractual causado por un *producto defectuoso*. El caso paradigmático es el de los productos sanitarios implantables - prótesis - que se introducen en intervenciones quirúrgicas dentro de la anatomía de los clientes para alterar la forma de sus cuerpos. Pues bien, otra forma de responsabilidad que debemos analizar es la que se deriva de la utilización de productos defectuosos porque puede suceder que el contrato parezca perfectamente resuelto y que, sin embargo, el uso de productos defectuosos en el acto médico de satisfacción dañe al sujeto que solicitó la intervención. (Nos referimos, por ejemplo, a las prótesis mamarias, de glúteos o de pómulos, que se implantan en muchas de las intervenciones de cirugía estética más frecuentemente realizadas).

d) Y por último, el cuarto posible final que consideramos debe estudiarse es el *daño producido porque existe un contrato entre las partes, pero que es independiente del incumplimiento o del cumplimiento contractual*. Nos referimos a esos casos en que el contrato contiene ciertas obligaciones que se cumplen por ambas partes pero, aún así, una de las partes causa un daño a la otra en su persona o en su patrimonio. En el caso que nos ocupa, por la posición del profesional, lo habitual sería que el profesional o el equipo de profesionales, durante el transcurso de su actividad dañara al cliente. Además, también puede suceder que el incumplimiento contractual vaya acompañado de daños en el transcurso del contrato - es decir que se incumpla y además se generen otros daños. En estos casos existe la controversia de si debe actuarse por los dos regímenes

(contractual y extracontractual) o si cabe la unificación de los daños, es por este motivo que estos daños serán analizados en tres partes separadas del presente capítulo⁸⁰¹.

Sin más dilación, pasamos a analizar los distintos tipos de responsabilidad civil contractual, centrándonos ya en las categorías que consideramos existen en caso de acto médico de satisfacción con finalidad estética.

2.1. El cumplimiento imperfecto o inexacto en estos casos

Uno de los problemas derivados de la insuficiencia normativa que presenta el Código Civil frente a los contratos de servicios médicos con finalidad estética, unido a los cambios de tendencias jurisprudenciales del Tribunal Supremo y al hecho de que el principio de libertad de pacto debe estar siempre presente en nuestro análisis de la responsabilidad, es que, nuevamente, vuelve a ser extremadamente importante el alcance de la obligación - eterno debate obligación de medios vs obligación de resultados al que se añade la cuestión de la promesa de resultado - dado que el cumplimiento contractual por parte del profesional médico puede tener distintos niveles y, en atención al alcance de las obligaciones del mismo, el cumplimiento imperfecto pasará más o menos inadvertido.

Nos parece oportuno recoger la idea de BARROS BOURIE, que considera que la obligación contractual es el criterio del incumplimiento, y es que:

*"(...) en materia contractual el deudor está sujeto a una obligación con el acreedor cuyo incumplimiento es antecedente para que se hagan efectivos los remedios que el derecho concede. Por eso, el incumplimiento de una obligación de primer grado, que está definida por el programa contractual, se siguen consecuencias jurídicas. Y este programa, a su vez, no se dirige genéricamente a evitar daños a otros, sino cautela el interés positivo del acreedor, esto es, que el acreedor satisfaga su interés negocial. Ya desde un punto de vista lógico, entonces, el incumplimiento es el elemento articulador del conjunto de acciones y remedios que otorga al acreedor el derecho de contratos"*⁸⁰².

Así, el interés debe ser conocido claramente, y el alcance obligacional del contrato también, pues el incumplimiento contractual dará pie a unas acciones cuyo

⁸⁰¹ Concretamente, en el apartado 2.4. dentro del ámbito contractual; en el apartado 3.4., en el extracontractual; y en el apartado 4, que analiza las teorías unionistas de la responsabilidad civil.

⁸⁰² BARROS BOURIE, Enrique, *Op. Cit.* Pág. 158.

objetivo será que, en la medida de lo posible, se pueda proteger el interés del acreedor contractual dañado.

Sin embargo, en nuestra opinión la calificación del contrato puede dar lugar a una responsabilidad contractual previa: *el cumplimiento imperfecto o inexacto*. Ello por cuanto, como recuerda ABELLA RUBIO, "*el cumplimiento de las obligaciones tiene que realizarse de la forma establecida en su acto constitutivo*"⁸⁰³, es decir, es necesario que exista integridad en el cumplimiento de las obligaciones, tal y como señala el propio Código civil, en su artículo 1157⁸⁰⁴.

Entendemos por *cumplimiento imperfecto o inexacto* cuando existen ciertas imprecisiones entre el objetivo real de la pretensión (con independencia del alcance contractual) y el resultado concreto obtenido que, siendo bastante acertado, no puede categorizarse de plenamente completo, es decir, alguna de las partes - normalmente la acreedora de la prestación médica - puede entender que la prestación debida ha sido insuficientemente lograda, por mucho que pareciera prácticamente cumplida. Estas pequeñas imperfecciones, pueden llegar a ser comprometedoras para el sujeto que *casi* cumple con sus obligaciones.

Cuando podamos considerar que las obligaciones del médico en los actos médicos de satisfacción con finalidad estética son de medios, es decir, que el deudor "*únicamente está obligado, para cumplir el contrato, a desenvolver una actividad, sin necesidad de alcanzar el fin al que el mismo se encamina para que pueda entenderse cumplido el contrato*"⁸⁰⁵, las imprecisiones que implican que hablemos de un *cumplimiento imperfecto o inexacto* pueden llegar a resultar irrelevantes. La obligación de hacer una cosa, llevar a cabo una actuación médica concreta - que persigue un fin, pero sin que el fin se pueda considerar garantizado -, se habrá realizado (intervención atendiendo la *lex artis ad hoc*), y será ciertamente difícil, más aún observando que el Tribunal Supremo no considera oportuno que los profesionales puedan pactar un resultado concreto, que pequeñas imprecisiones de apreciación muy subjetiva de cada una de las partes generen responsabilidad al deudor de la obligación, en el sentido de

⁸⁰³ ABELLA RUBIO, José M^a, "VI. Incumplimiento parcial" en O'CALLAGHAN MUÑOZ, Xavier, *Cumplimiento e incumplimiento del contrato*. Ed. Editorial Universitaria Ramón Areces. 2012. Madrid. Pág. 317.

⁸⁰⁴ Artículo que establece "*no se entenderá pagada una deuda sino cuando completamente se hubiese entregado la cosa o hecho la prestación en que la obligación consistía*".

⁸⁰⁵ ALONSO PÉREZ, M^a Teresa y ALMAGRO MARTÍN, Carmen, *op. cit.* Pág. 72 - 73.

que pasen a considerarse incumplidas sus obligaciones. Este podría ser el caso de una intervención de aumento de pecho, por ejemplo, donde el doctor hubiera previsto esconder la cicatriz de la intervención en un pliegue natural de la piel, para hacerla prácticamente invisible, pero que fruto de una pequeña imprecisión o error al calcular, deje la cicatriz más visible de lo esperado por el cliente. Si consideramos que el contrato obliga solo a la prestación del servicio, este error será del todo irrelevante, especialmente si el resto de la intervención (el grueso de la obligación) fue respetuosa con los términos del contrato.

Sin embargo, si consideramos que el contrato obliga a la obtención de un resultado concretado previamente por las partes (o prometido según la tendencia jurisprudencial) - aspecto que en nuestra opinión no debería causar tanto rechazo, pues el contrato puede alcanzar todo lo que las partes acuerden, mientras se respeten los límites que el propio CC impone a la libertad contractual⁸⁰⁶ -, las pequeñas imprecisiones que no se ajusten a la obligación pactada, es decir, el cumplimiento imperfecto o inexacto, sí que dará lugar a una cierta responsabilidad del *casi* cumplidor para con su *casi* satisfecho acreedor. O lo que es lo mismo, cuando menos, nacerá de las pequeñas imprecisiones una idea de incumplimiento que llevará a la exigibilidad del cumplimiento *in natura*. Si seguimos con el ejemplo anterior de la cicatriz que no consiguió disimularse bajo el pliegue de la piel del pecho, cuando era algo previsto en la intervención de aumento de pecho, será una imprecisión que generará responsabilidad para el deudor de la obligación, si entendemos que el mismo estaba obligado a un cierto resultado, por no haberlo obtenido⁸⁰⁷.

En nuestra opinión, este es el aspecto más complejo en cuanto a la reclamación de responsabilidad civil en acto médico de satisfacción con finalidad estética, dado que podemos hallarnos ante una intervención aparentemente exitosa y, puede que el médico que no logró el resultado perfecto no se haya desviado para nada de la *lex artis ad hoc*, si entendemos como tal las reglas de oficio aplicables al caso concreto y teniendo en consideración el objetivo tan marcado que tenía la obligación.

⁸⁰⁶ Que como vimos son las *leyes*, la *moral* y el *orden público* pues así lo establece el artículo 1255 CC, y además, el objeto del contrato consideramos que puede ser un cierto resultado de una intervención con objetivo estético pues sería un objeto válido, si observamos los artículos 1271 y siguientes del CC, al estar dentro del comercio, no ser imposible y estar determinado.

⁸⁰⁷ En este caso concreto, podría caber que el profesional abonara las actuaciones necesarias para minimizar el afeamiento que la cicatriz mal disimulada causa, o que se calculara un importe, en concepto de daños y perjuicios, derivados del imperfecto cumplimiento, para reparar el daño del perjudicado.

En estos casos existe una enorme reticencia en la doctrina y la jurisprudencia, como ya vimos, para hablar de *mala praxis*, e incluso para entender que, ciertamente, mientras el resultado no se ajuste a lo que se contrató, el acreedor del mismo tiene derecho a considerar no cumplida la obligación. Lo que dificulta enormemente el éxito de las reclamaciones que en este sentido se lleven a término, con el objetivo de conseguir que se cumpla con lo pactado. Pues también debe considerarse que, incluso cuando podamos decir que el resultado está contractualmente *prometido* para que se dé esta apreciación muy subjetiva de levísimo incumplimiento, debe estar ciertamente definido qué se entenderá, exactamente, por cumplimiento.

Como señalaba YZQUIERDO "*cuando existe un incumplimiento contractual - y el cumplimiento imperfecto o inexacto ciertamente lo es -, puede suceder en primer lugar que todavía no nos encontremos ante un caso de imposibilidad definitiva. El acreedor tratará de conseguir en primer término el cumplimiento <<in natura>>*"⁸⁰⁸ es decir, cabe que, cuando el resultado no se ha obtenido exactamente, se intente o se fuerce por parte del acreedor del mismo a que se sigan las actuaciones necesarias para subsanar esa obligación.

El acreedor del resultado podrá, gracias al artículo 1098 CC⁸⁰⁹ forzar al obligado a que cumpla correctamente pues, como señala el artículo 1157 CC "*no se entenderá pagada una deuda sino cuando completamente se hubiese entregado la cosa o hecho la prestación en que la obligación consistía*".

En nuestra opinión, el acreedor del acto médico de satisfacción que se ha ejecutado correctamente pero que no ha visto cumplida la prestación, podrá acudir a la ejecución forzosa del obligado, persiguiendo su perfecto cumplimiento. Y, de hecho, es frecuente observar cuando se analizan sentencias que versan sobre medicina estética que así sucede en algunas ocasiones, pues algunas sentencias recogen que el profesional ha intentado mediante *sucesivas intervenciones - motu proprio* o tras solicitud extrajudicial del acreedor - lograr el resultado que justificaba la realización de la intervención y, si

⁸⁰⁸ YZQUIERDO TOLSADA, Mariano, (2001) *op. cit.* Pág.119.

⁸⁰⁹ Art. 1098 CC: "*Si el obligado a hacer alguna cosa no la hiciere, se mandará ejecutar a su costa. Esto mismo se observará si la hiciere contraviniendo al tenor de la obligación. Además podrá decretarse que se deshaga lo mal hecho*" (Subrayado propio).

mediante esas pequeñas practicas adicionales o repeticiones de la actuación se consigue lo pactado, se podrá hablar de cumplimiento, a partir de ese momento⁸¹⁰.

Si volvemos a fijarnos en el cumplimiento imperfecto o inexacto, tradicionalmente se vincula al mismo el concepto de *error* en el cumplimiento contractual o insuficiencia de cumplimiento, pues errar en la planificación o en la efectiva realización de las intervenciones médicas, será una de las causas que desajuste el resultado definitivo del pactado.

En relación con el *error* y partiendo de la opinión de que errar es de humanos y todos podemos cometer errores⁸¹¹, si no hay vulneración de la *lex artis*, un error no podría ser motivo suficiente para solicitar responsabilidad por daños a los médicos embellecedores, pero en ocasiones se producen errores graves, confusiones injustificables que pueden deberse a una falta de atención en el actuar del profesional⁸¹² y que, en estos casos son de tal entidad que sí pueden considerarse una mala praxis.

Lo cierto es que los errores por sus particularidades, deberán observarse caso a caso, sin embargo, en materia de intervenciones médico-estéticas, *errar* es igual de humano, pero puede que esté menos justificado, sobre todo cuando, fruto del error o del desajuste, el resultado prometido - que es objeto del contrato - es aquello que se ve alterado o comprometido.

La Audiencia Provincial de Madrid, en Sentencia de 16 de febrero de 2011⁸¹³ establece, en relación con un resultado inexacto - que posteriormente pasó a ser resultado dañoso - que tras una intervención meramente estética (que hubo de repetirse):

“(...) las intervenciones quirúrgicas a que ha sido sometida la Sra. M., debemos encuadrarlas en lo conocido como medicina satisfactiva o voluntaria, y no curativa, necesaria o asistencial, en tanto que ésta actúa ante una determinada patología, mientras que en la primera el interesado acude al médico, no para la curación de una dolencia patológica, puesto que se actúa sobre un cuerpo sano, sino para el mejoramiento de su aspecto físico o estético, o lo que es lo mismo, como se dice por

⁸¹⁰ Como veremos a continuación en este mismo apartado analizando una sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid.

⁸¹¹ Distinta cosa es que no tengamos que pechar con las consecuencias de nuestros errores.

⁸¹² Como por ejemplo, olvidar material quirúrgico dentro del cuerpo de sus pacientes, o amputar una extremidad sana en vez de una dañada.

⁸¹³ Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección Vigésimoprimera de 16 de febrero de 2011 Ponente D^a. M^a Almudena Cánovas del Castillo Pascual, AC\2011\414.

ejemplo en la Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de junio de 2007⁸¹⁴, para lograr una transformación satisfactoria de su propio cuerpo”.

En este caso, la sentencia analiza como fruto del desajuste en el resultado, que la clienta *"hubo de ser nuevamente intervenida (...) siendo la misma doctora quien le realizó otras intervenciones que fueron necesarias dado el desarrollo negativo de su evolución"* (FJ 1º). Se observa pues que, viendo que el resultado no se había obtenido, por pequeñas imprecisiones, los deudores de la obligación, someten a la acreedora a repetidas intervenciones, todas centradas en obtener el resultado previamente establecido. Sin embargo, en este caso concreto, tras intervenir en múltiples ocasiones, se produjo un perjuicio, se causaron daños y ello motivó la reclamación que la Audiencia Provincial de Madrid resuelve en la referida sentencia.

Parece muy acertada la distinción que se hace de los tipos de intervenciones, para saber si tendremos o no en cuenta que se haya padecido un error, de igual modo que observaremos la entidad del error.

Y es que, tal y como señala NAVEIRA ZARRA la no obtención del resultado (cuando se prometió) es por sí mismo un incumplimiento contractual que hace que podamos hablar de negligencia⁸¹⁵. Este es el principal punto de apoyo para defender que el hecho de que "errar es humano" no puede ser utilizado como excusa en la materia en cuestión, dado que no obtener lo pactado es muy similar a actuar de manera no diligente, aunque quepa prueba en contrario. Además, este es el nexo de unión del cumplimiento imperfecto o inexacto con el incumplimiento propiamente dicho. Pues, para los casos en que el cumplimiento implique, más que realizar una determinada actuación, un resultado concreto, el cumplimiento con leves imprecisiones se transforma en incumplimiento contractual.

Y en este punto entra en juego el ya estudiado artículo 1104 CC que establece - en el régimen de incumplimiento contractual - que *"la culpa o negligencia del deudor*

⁸¹⁴ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 29 de junio de 2007. Ponente D. José Antonio Seijas Quintana. RJ\2007\3871.

⁸¹⁵ Señala la autora: *"resulta que en las obligaciones de resultado la no consecución de éste por parte del profesional determina por sí misma un incumplimiento contractual y hace que se presuma su negligencia. Por esta razón, al cliente le bastará con probar la no obtención del resultado pactado, correspondiendo al profesional la carga de probar que el resultado no se ha podido lograr por causas ajenas a su voluntad (caso fortuito o fuerza mayor)".* NAVEIRA ZARRA, Maita Mª, "La Responsabilidad de los Profesionales", en PENA LOPEZ, José Mª (dir.) *Derecho de Responsabilidad Civil Extracontractual* ed. Cálamo. 2004. Barcelona. Página 286.

consiste en la omisión de aquella diligencia que exija la naturaleza de la obligación y corresponde a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar"; es decir, que parece que el Código civil configura un régimen de incumplimiento contractual donde la falta de diligencia es culpa⁸¹⁶ o negligencia que justifica precisamente que el deudor responda frente al acreedor.

Pero en el caso de los cumplimientos imperfectos o inexactos, si nos situamos frente a obligaciones de medios, será realmente complejo que se pueda considerar que el desajuste proviene de la culpa o negligencia, por ello consideramos que resultarían irrelevantes y deberían ser soportados por el acreedor, puesto que el deudor realizó lo comprometido: llevar a cabo la actividad (aparentemente de forma diligente pues prácticamente se cumplió completamente la obligación principal).

Para escuchar argumentos en todos los sentidos posibles y enriquecer así el discurso es necesario señalar que existen posturas ciertamente más radicales que la propia, pues hay autores, que defienden muy fervientemente los derechos de los pacientes y demás clientes y usuarios de los servicios sanitarios que consideran que no debe admitirse en ningún caso el error médico. A continuación observaremos sus argumentos.

LÓPEZ-MUÑOZ Y LARRAZ considera que debemos luchar en *"contra de esa falacia, universalmente admitida de forma pacífica y más o menos conscientemente querida, de que estamos obligados a aceptar el <<error>> como mal inevitable propio de la imperfecta condición humana"*⁸¹⁷, pues existe una gran influencia de la consideración religiosa al respecto del error y de su perdón, que moralmente pueden ser muy relevantes e incluso constituir unas ideas beneficiosas para la convivencia en sociedad, pero debemos atender al error médico, desde un punto de vista jurídico y el hecho de que sea involuntario no puede *per se* hacerlo admisible.

El error es entendido por este extremo doctrinal como la *"quiebra del resultado normalmente esperable en la conducta humana"*⁸¹⁸ y por ello es perseguido, con argumentos más o menos hábiles.

⁸¹⁶ Vid. CARRASCO PERERA, Ángel, "Comentario al artículo 1104 CC". *Op. cit.* Pág. 586 y 593 y ss.

⁸¹⁷ LÓPEZ-MUÑOZ Y LARRAZ, Gustavo, *El error sanitario*. Ed. Dykinson. Madrid. 2003. Pág. 15.

⁸¹⁸ LÓPEZ-MUÑOZ Y LARRAZ, Gustavo, *Cit. Supra*. Pág. 16.

Nos posicionamos en una línea argumental menos radical, pues admitimos que todos podemos errar y que, además, en los casos de medicina estética, el cumplimiento inexacto o imperfecto no siempre proviene de un error médico en el actuar, sino que puede venir de un planteamiento equivocado en la intervención o de la aleatoriedad propia de estas intervenciones y que no negamos.

Queremos dejar claro que es absolutamente indiscutible, a nuestro parecer, que existe cierto nivel de aleatoriedad en todas las intervenciones que se producen sobre el cuerpo humano pero que, contrariamente a lo que defiende el Tribunal Supremo⁸¹⁹, consideramos que pese a esa aleatoriedad si un profesional considera oportuno comprometerse contractualmente a lograr un resultado, la misma pasará a ser irrelevante en la valoración del mismo y no podrá justificarse la insuficiencia o inexactitud del resultado con esa cierta aleatoriedad que, repetimos, consideramos innegable, es decir, que si el profesional se compromete a un resultado concreto, la aleatoriedad que impida que el mismo se haya obtenido, será irrelevante a efectos de la responsabilidad contractual que surgirá por el cumplimiento imperfecto.

Esta consideración nuestra hace que, al final, las posturas que empezaron como contrarias y opuestas se acaben aproximando tanto, que vengán a decir lo mismo. En opinión de GALÁN CORTÉS "*tanto en la medicina voluntaria como en la necesaria o asistencial la obligación del médico es una obligación de medios o de actividad, salvo que haya habido una omisión de la información o se haya garantizado el resultado, dado el alea consustancial a todo acto médico*"⁸²⁰, así, el autor considera que no es lógico que un profesional se comprometa a más que a los medios, pero no descarta que el resultado pueda exigirse, en los casos en que expresamente se haya pactado⁸²¹. En nuestra opinión, pese al aspecto aleatorio que ciertamente cabe dentro de cualquier intervención médica, el profesional puede prometer un resultado⁸²², pese al alea

⁸¹⁹ Que parece estar en contra de que se lleve a cabo la promesa del resultado.

⁸²⁰ GALÁN CORTÉS, Julio César, *Responsabilidad civil médica*. Ed. Thomson Reuters - Aranzadi. 5º edición. 2016. Cizur Menor. Pág. 173.

⁸²¹ *Cit. Supra*. Pág. 174.

⁸²² Otra cosa será que le convenga prometerlo, o que prometerlo sea una irresponsabilidad por su parte, especialmente si sabe que no va a ser capaz de cumplirlo, motivo que refuerza mi consideración sobre la exigibilidad del resultado porque es la promesa del mismo lo que motiva para contratar al acreedor y también porque si el médico se sobrepasó al prometer ciertos resultados que sabía que no iba a lograr, más necesario es aún, que se entienda a los mismos como alcance de la obligación contractual, para defender al perjudicado.

referido, y que existe al tratar un cuerpo vivo y, en virtud de ello, podrá ser demandado por el acreedor el efectivo cumplimiento del resultado acordado.

En definitiva, pese a que somos más partidarios de la libertad contractual y entendemos que existen promesas de resultado con más facilidad, o somos más firmes y estrictos con lo que se contrata y no consideramos acertada la idea de que el profesional no pueda prometer ciertos resultados, - pues en la práctica se prometen y es por ello que se consiguen los clientes -, la solución es la misma tanto para nuestra idea, como para las ideas más convencidas sobre la imposibilidad de ofrecer un resultado.

Así, entendemos que errar sea humano y también entendemos que, en ocasiones, no se obtenga el resultado pactado fruto del cierto grado de aleatoriedad existente en cualquier acto de la vida - y no solo en los médicos⁸²³ -, sin embargo, consideramos que la obligación debe respetarse y la prestación debe realizarse de forma tal que sea el cumplimiento la forma de concluir con la relación contractual, por ello le otorgamos tanta relevancia a las reparaciones *in natura* que los profesionales pueden realizar para cumplir con lo debido, salvo en los casos en que la prestación pase a resultar ilegal o físicamente imposible (art. 1184 CC).

Además, debemos observar cuánto de ese error se puede explicar por una falta de diligencia del profesional sanitario y, entonces, hablar de una *mala praxis*, confirmado que el error hipotético tuviera una hipotética consecuencia, y que ésta afectare al resultado pretendido dentro del marco de los actos médicos de satisfacción, si es que se llegó a concertar un resultado concreto.

Vemos muy oportuno que el error pueda entonces ser considerado una *mala praxis* o, cuando menos, un resultado inexacto que dé lugar a incumplimiento contractual. Y que también se considere así cuando se dé un resultado inexacto habiéndose prometido uno en concreto, y fruto de ello una no obtención del resultado pactado, con lo que quepa, que se busque la reparación *in natura* siempre que sea posible, con el fin de que la prestación hacia el acreedor quede correctamente cumplida, tal como sucede en los incumplimientos contractuales que se estudian a continuación.

⁸²³ Pues parece que la más relevante Jurisprudencia se acuerda de la aleatoriedad solo para *liberar* a los profesionales médicos que han celebrado contratos donde comprometían un cierto resultado.

2.2. El incumplimiento contractual

A diferencia de lo que sucede cuando estamos frente a un cumplimiento inexacto o imperfecto, el incumplimiento contractual - tal y como lo recoge el artículo 1101 CC⁸²⁴ - afecta a los actos médicos con independencia del alcance de las obligaciones contraídas. Es decir, no llevar a cabo la prestación debida o llevarla a cabo contraviniendo el sentido de las obligaciones, será incumplimiento, con independencia de que el contrato obligue a los medios o al resultado.

Señaló YZQUIERDO, consideramos que de forma afortunada, que el dolo y la culpa son más un factor de atribución de responsabilidad⁸²⁵ que un tipo de incumplimiento. Cuestión que consideramos que también el propio Código ratifica si nos fijamos en la literalidad de sus artículos 1102 y 1103⁸²⁶, que están ideados para penalizar más al incumplidor doloso que al meramente negligente, pero que ciertamente pasan a ser relevantes cuando ya estamos frente a un incumplimiento contractual y procedemos a analizar qué ha conducido hasta él.

Así, las causas de incumplimiento, - si observamos nuevamente el artículo 1101 CC pero hecha la apreciación anterior -, quedan reducidas a la morosidad en el cumplimiento de las obligaciones y cualquier actuación que contravenga el tenor de las mismas. Por ello, en palabras de Díez-Picazo y Gullón *"cabe separar dos situaciones que <<prima facie>> se presentan como distintas. La primera es aquella en la que el deudor no ha realizado ningún acto dirigido a poner en práctica la prestación comprometida (...). La segunda, en cambio, es aquella en la cual el deudor ha llevado a cabo unos actos dirigidos a cumplir, pero esta prestación real no coincide o no se ajusta a la prevista al constituirse la obligación"*⁸²⁷.

⁸²⁴ El art. 1101 CC señala que *"quedan sujetos a la indemnización de daños y perjuicios causados los que en el cumplimiento de sus obligaciones incurrieren en dolo, negligencia o morosidad, y los que de cualquier modo contravinieren al tenor de la obligación"*.

⁸²⁵ YZQUIERDO TOLSADA, Mariano (2001), *op. cit.* Pág. 123.

⁸²⁶ Art. 1102 CC *"la responsabilidad procedente del dolo es exigible en todas las obligaciones. La renuncia de la acción para hacerla efectiva es nula"*; art. 1103 CC *"la responsabilidad que proceda de negligencia es igualmente exigible en el cumplimiento de toda clase de obligaciones; pero podrá moderarse por los Tribunales según los casos"*.

⁸²⁷ Díez-Picazo y Ponce de León, Luis y Gullón Ballesteros, Antonio, (Vol. II - tomo I), *op. cit.* Pág. 190.

a) Retraso en el cumplimiento y mora en el deudor

Si nos fijamos en el incumplimiento derivado de la no realización en el tiempo pactado de la prestación debida por parte del deudor, la doctrina considera que pueden observarse tres escenarios distintos, en los dos primeros, el deudor puede incurrir en mora, y en el último de ellos, no siempre se podrá incurrir en mora. Estas son situaciones en las que hipotéticamente puede hallarse el deudor de nuestros actos objeto de estudio, pese a que quizá no son las que mayor litigiosidad presenten.

- En primer lugar puede suceder que no se haya realizado la prestación en el plazo definido para hacerlo, por lo que hay un retraso, pero que la prestación siga siendo posible y continúe siendo la forma de satisfacer el interés del acreedor. En nuestros casos objeto de estudio se dará esta situación, cuando habiendo programado un acto médico de satisfacción para una fecha concreta, el profesional médico (deudor) no la realiza en esa fecha, por lo que incumple su obligación pero, realizarla continúa siendo la forma más adecuada de cumplir con la prestación y satisfacer a su cliente (acreedor). Esta situación, pese a ser ya un incumplimiento, no produce, *per se* responsabilidad civil, sino que lo que sucede es que la obligación persiste, sigue viva, y el deudor está en condiciones de cumplir su parte del contrato, llevando a cabo la intervención pactada.

Como en los actos médicos de satisfacción con finalidad estética existe una relación sinalagmática, también puede ser cuando el cliente (deudor) no ha abonado en plazo el precio de la intervención ya realizada por el profesional médico (acreedor del pago). Pero sea quien sea el deudor incumplidor, debe de tratarse de un retraso que no llega a imposibilitar que, efectivamente, se llegue a realizar la propia prestación debida.

El retraso en el cumplimiento del deudor, si llega a ser reclamado por el acreedor insatisfecho de forma judicial o extrajudicialmente, supondrá que el deudor incurra en mora, pues así lo establece el artículo 1100 CC⁸²⁸, pero como nos encontramos frente a

⁸²⁸ Art. 1100 CC "Incurren en mora los obligados a entregar o a hacer alguna cosa desde que el acreedor les exija judicial o extrajudicialmente el cumplimiento de su obligación. No será, sin embargo, necesaria la intimación del acreedor para que la mora exista: 1.º Cuando la obligación o la ley lo declaren así expresamente. 2.º Cuando de su naturaleza y circunstancias resulte que la designación de la época en que había de entregarse la cosa o hacerse el servicio, fue motivo determinante para establecer la obligación. En las obligaciones recíprocas ninguno de los obligados incurre en mora si el otro no cumple o no se allana a cumplir debidamente lo que le incumbe. Desde que uno de los obligados cumple su obligación, empieza la mora para el otro."

obligaciones recíprocas, el profesional médico solo incurrirá en mora por el retraso en su intervención cuando el acreedor ya haya realizado su prestación (el pago del precio) y viceversa, el cliente incurrirá en mora cuando la prestación haya sido realizada por parte del médico y se haya vencido el plazo para el pago, sin que se haya realizado el mismo.

Además, el retraso debe ser culpable para que quepa que sea calificado como mora, así lo establece la Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de junio de 1996⁸²⁹ que, en su Fundamento de Derecho Cuarto recuerda las normas al respecto de la figura de la mora haciendo una recopilación de los requisitos que, jurisprudencialmente - en sentencias bastante antiguas - se le había asignado a esta figura. Así indica que:

"(...) la mora es el retraso o incumplimiento culpable, pero no lo es el simple retraso (...); que no existe mora si hay que determinar antes el saldo exigible (...) o si la cantidad adeudada no es líquida (...), cosa que ocurre cuando precisa determinarse mediante un pleito (...), lo cual justifica la negativa del juez a condenar al pago de intereses (...), ocurriendo lo mismo cuando la fijación queda condicionada al trámite de ejecución de sentencia (...), pues, en términos generales, rige el principio «in illiquidis non fit mora» y para aplicar el precepto es precisa una base fáctica de apoyo".

- La segunda de las posibilidades del retraso que conduce al incumplimiento contractual es que no se haya realizado ninguna prestación y ésta siga siendo posible pero que, fruto del retraso, la prestación ya no satisfaga el interés del acreedor, porque la intervención se solicitaba estrechamente vinculada a la fecha de realización.

Ejemplo típico de prestación que ya no sirve al acreedor es el retraso de un diseñador que entrega el vestido de novia dos semanas después de la boda⁸³⁰, consideramos que, siguiendo con el ejemplo, si la novia ha contratado la realización de ciertos retoques médico-estéticos para la gran ocasión y, llegado el día calculado para el cumplimiento de la prestación⁸³¹, tras el cual las intervenciones pactadas pueden celebrarse pero ya no pueden servirle a la sufrida novia. Si no se ha cumplido con la prestación, la misma pierde el interés de la acreedora, ya no la satisfará, aunque como especifican DÍEZ-PICAZO y GULLÓN *"la prueba de la carencia de interés le incumbe*

⁸²⁹ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 1 de junio de 1996. Ponente D. Eduardo Fernández-Cid de Temes. RJ\1996\4716.

⁸³⁰ (Comentado, entre otros, por YZQUIERDO TOLSADA, Mariano (2001), *op. cit.* Pág. 119).

⁸³¹ Atendiendo a los distintos tiempos de recuperación que tienen cada una de las intervenciones médico estéticas y que van desde los cinco minutos en el caso de la depilación láser a varios días de recuperación en el caso de ciertas intervenciones estéticas de tipo quirúrgico.

a él [al acreedor]"⁸³², para forzar que el cumplimiento tardío no sea *in natura*, por la pérdida de interés, sino en equivalente pecuniario.

- Por último, el tercero de los supuestos que los autores frecuentemente examinan es el caso en el que la prestación se torna imposible de manera sobrevenida sin que el deudor de la misma haya realizado ninguna prestación. Es muy relevante diferenciar si el deudor ya se encontraba en una situación de morosidad cuando la prestación se convirtió en imposible o no, pues, como veremos seguidamente, el deudor queda liberado si, antes de incurrir en mora, la prestación se vuelve imposible de cumplir.

Así, en el supuesto de la imposibilidad sobrevenida de la prestación no se producirá la mora del deudor en todos los casos, sino solo cuando el deudor ya se encontraba en situación de morosidad por el retraso en la prestación y porque ya había sido reclamada la morosidad por el acreedor y se cumplían todos los requisitos para que se produjera. Ello por cuanto la mora es una situación de retraso, pero en la que la prestación debida aún es posible, si la prestación ya no es posible, no puede el deudor pasar a incurrir en mora.

En nuestro objeto de estudio es difícil encontrar alguna prestación debida que se tornase imposible, salvo si nos fijamos en supuestos de incapacidad sobrevenida del deudor o defunción del mismo⁸³³. Forzando un poco la situación se nos podría ocurrir, además, el ejemplo de un acuerdo para realizar una praxis concreta que pasa a considerarse prohibida o ilegal, motivo por el que resultaría imposible que el deudor cumpliera la prestación, pues la obligación principal - que es el objeto del contrato - pasaría a ser *extra commercium* por lo que el contrato sería nulo.

La imposibilidad sobrevenida se encuentra regulada en el CC como "*pérdida de la cosa debida*" y aparece en el artículo 1156 CC como una de las causas de extinción de las obligaciones, desarrollada en los artículos 1182 y siguientes. Para el caso de las obligaciones de hacer, como las del caso que nos ocupan, el artículo 1184 CC establece "*también quedará liberado el deudor en las obligaciones de hacer cuando la prestación resultare legal o físicamente imposible*".

⁸³² DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis, y GULLÓN BALLESTEROS, Antonio, *op. cit.* Pág. 194.

⁸³³ Pues, como vimos, el contrato es *intuitu personae*. (*vid.* Capítulo III. Apartado 1.1.a))

Si la imposibilidad sobrevenida llega cuando el deudor ya ha incurrido en mora, no se extingue la obligación para él, no queda liberado, por la aplicación por analogía de la norma prevista para las obligaciones de dar cosa cierta, regulada en el artículo 1182 CC⁸³⁴. Pero incurrir en mora sobre una acción imposible no significa que deba realizarse la prestación, pues lógicamente ahora ya no es posible, sino que el deudor "*deberá responder por el incumplimiento de la obligación de entrega o de la no ejecución de la obligación de hacer o de no hacer*"⁸³⁵.

Se considera que, frente a obligaciones sinalagmáticas como las de los actos médicos de satisfacción, cuando existe imposibilidad sobrevenida para una de las partes, la otra puede acudir a la aplicabilidad del artículo 1124 CC⁸³⁶ y resolver sus obligaciones, que no son imposibles.

Vistas los tres escenarios clásicos que se estudian como derivados del incumplimiento por no prestación y, atendiendo a que de él puede surgir la mora del deudor si, como se ha señalado, el acreedor ya ha cumplido con su contraprestación y ha reclamado judicial o extrajudicialmente el cumplimiento del deudor, debemos exponer que incurrir en mora obliga, además de cumplir con la prestación *in natura*, cuando siga siendo posible o entregar equivalente pecuniario, es decir cuantificar la prestación debida (si es ilíquida) y abonar ese importe por no haberla cumplido, se deberá indemnizar también por los daños y perjuicios que se haya ocasionado por el retraso en el cumplimiento y que, en virtud del artículo 1106 CC son el daño emergente "*el valor de la pérdida que hayan sufrido*" y el lucro cesante "*la ganancia que haya dejado de obtener el acreedor*".

En el próximo capítulo serán analizadas las distintas posibilidades de reparación del incumplimiento, así como los conceptos de daño emergente y de lucro cesante, por ser conceptos que se incluyen en las indemnizaciones⁸³⁷ y formar parte de los instrumentos jurídicos utilizados para cuantificar los daños o el incumplimiento contractual.

⁸³⁴ Que establece: "*quedará extinguida la obligación que consista en entregar una cosa determinada cuando ésta se perdiere o destruyere sin culpa del deudor y antes de haberse éste constituido en mora*"

⁸³⁵ DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis y GULLÓN BALLESTEROS, Antonio, *op. cit.* (Vol. II. Tomo I). Pág. 196.

⁸³⁶ Art. 1124 CC "*la facultad de resolver las obligaciones se entiende implícita en las recíprocas, para el caso de que uno de los obligados no cumpliere lo que le incumbe. (...)*."

⁸³⁷ *Vid.* Capítulo V. Apartado 1.

b) Incumplimiento derivado de una actuación que contraviene la obligación contractual

Volviendo a la literalidad del artículo 1101 CC, la actuación que contravenga el tenor de las obligaciones es causante de incumplimiento contractual. Sea del tipo que sea. En el apartado anterior hemos analizado la inacción como forma de incumplimiento para estos contratos donde la obligación del médico es de hacer y la contraprestación del cliente suele ser una obligación de dar. En el presente apartado se analizarán las situaciones en las que el incumplimiento se deriva de una actuación que no se ajusta a la prestación.

Consideramos relevante hacer una apreciación previa. En los incumplimientos por contravención del tenor de la obligación entendemos que resulta independiente cuál sea el alcance de las mismas, pues la actuación las contraviene, tanto si es una obligación de medios, como si es de resultados.

El incumplimiento derivado de una actuación que no se ajusta a la prestación debida - o la contraviene - se da cuando la conducta del deudor no es la apropiada para que se extingan sus obligaciones y por ello también se conoce a estas situaciones como incumplimiento por actuación defectuosa o cumplimiento inexacto. Sin embargo, en el caso de los actos médicos con finalidad estética, hemos utilizado el término de cumplimiento imperfecto o inexacto para una categoría distinta analizada anteriormente. La contravención, que es la motivadora de la situación de incumplimiento no es un retraso, analizado anteriormente⁸³⁸, sino que será una actuación pero que no cumple con la prestación debida.

En nuestra opinión, como el incumplimiento admite grado, el cumplimiento imperfecto o inexacto, estudiado antes de entrar en el mundo del incumplimiento contractual, es menos grave que el incumplimiento derivado de una actuación que no se ajusta a la prestación debida. Por ello dividimos estos incumplimientos. En los casos en que el resultado de la intervención no esté ciertamente garantizado, el cumplimiento

⁸³⁸ Aunque es innegable que, cuando la obligación es de dar o de hacer en un tiempo concreto, no hacer o no dar en ese tiempo, además de constituir un retraso contraviene indiscutiblemente el tenor literal de la obligación. Sin embargo, hemos considerado que, siendo tanto el retraso como las demás contravenciones causas de incumplimiento contractual, es más claro estudiarlas separadamente (apartados a) y b)).

imperfecto puede llegar a no dar lugar a que quepa reparación, mientras que los incumplimientos contractuales siempre darán acción al perjudicado, a fin de que pueda lograr su reparación.

En el caso de los actos médicos estéticos, en ocasiones se realizan prácticas por las que se introducen productos dentro del cuerpo de los clientes. Fruto de un enorme caso de productos sanitarios implantables defectuosos, el incumplimiento provocado por la utilización de productos defectuosos también será analizado separadamente.

Nos ubicamos en este punto frente a *acciones tendentes a la realización de la prestación debida*, pero de las que se derivan, en vez del cumplimiento contractual y consecuente extinción de la pretensión debida, un incumplimiento contractual fruto de la contravención de las obligaciones del deudor. En conclusión, también se puede llegar a provocar daños a la persona del acreedor no satisfecho.

Existen infinidad de formas de contravenir el tenor de las obligaciones y, cuando el deudor de las mismas es un profesional que debe llevar a cabo unas prácticas de elevado nivel técnico y de precisión, para descubrir la práctica desajustada o contraria a lo debido pactado, se precisará el auxilio de expertos muy capacitados.

¿Qué situaciones pueden suponer que se haya contravenido el tenor literal de actos médicos de satisfacción con finalidad estética? En nuestra opinión, además del retraso en el incumplimiento (visto anteriormente), y el incumplimiento derivado de productos defectuosos (que se verá seguidamente), para contravenir el tenor literal de las obligaciones del deudor, se debe observar exactamente cuál era el alcance de las mismas, y comprobar que las actividades realizadas por el profesional no se apartan de las que para el caso concreto constituyen la *lex artis ad hoc*, es decir, las normas y pautas de intervención y actuación que se considere que deben ser respetadas para los casos que se concierten.

Por ejemplo, contraviene el tenor literal de la obligación apartarse absolutamente de los protocolos de actuación, o no emplear las técnicas adecuadas. Ello será siempre observable, incluso cuando se considere que el profesional está solo obligado a proporcionar una actuación diligente, pues la contravención, puede llegar a surgir de una negligente actuación, como sería por ejemplo no asegurarse de la esterilidad del material que va a utilizarse en una intervención quirúrgica, no informar

convenientemente al sujeto que debe consentir la intervención, o no realizar la técnica que más se adecúa a la actuación solicitada.

Al respecto de esta última causa de contravención, podemos añadir que el médico es el sujeto responsable de seleccionar las actuaciones que considera que más se ajustan al objetivo del contrato, sea una obligación de medios o de resultado, pero que ello no quita para que, una vez realizada la prestación, pueda discutirse al respecto de si la seleccionada era apropiada para la intervención pactada o si, por el contrario, contraviene el tenor literal de la obligación. Especialmente cuando la intervención del profesional médico se ubica dentro de la medicina voluntaria donde, incluso cuando consideramos que la obligación es de medios, la misma se circunscribe y justifica a un objetivo que la motiva y que hace algo más sencillo observar si las actuaciones realmente llevadas a cabo servían para cumplir, porque al menos, se evita la necesidad de observar estados de salud y curación o empeoramiento, sino que "simplemente" debe analizarse el objetivo pretendido contratado y el resultado de la intervención, además de los protocolos de actuación y las técnicas utilizadas.

Sin embargo, se puede contravenir al tenor de las obligaciones incluso cumpliendo con las obligaciones principales del contrato, y ello también supondría un incumplimiento contractual que puede acarrear responsabilidad para el deudor. En el campo de la medicina, es tradicional observar esta posibilidad vinculada al deber de recabar consentimiento informado, pero podemos hacerla extensible a cualquier otra *obligación de seguridad* que se derive del contrato entre las partes.

Así, en nuestra opinión, un profesional que cumpla con lo pactado como objeto principal del contrato puede incurrir en responsabilidad civil contractual, incluso cuando hubiera prometido y obtenido el resultado, si se vulnera o contraviene cualquiera de las obligaciones de seguridad⁸³⁹, y de los deberes deontológicos, como el deber de secreto profesional.

Estos incumplimientos pueden llegar a ser considerados delito, como en el caso analizado por la Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de abril de 2001 (penal)⁸⁴⁰, en la que se condenó a una profesional médico, por revelación de secretos de una paciente (de

⁸³⁹ Analizadas en el apartado 3.c) del Capítulo III.

⁸⁴⁰ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, de 4 de abril de 2001. Ponente D. Andrés Martínez Arrieta. RJ\2001\2016.

su mismo y pequeño pueblo) a su madre, que posteriormente la madre de la facultativo contó a un pariente de la paciente, de forma tal que quedaron revelados y la profesional quedó condenada e inhabilitada por un tiempo⁸⁴¹.

Y como ya hemos indicado, una de las obligaciones de seguridad más relevantes para el profesional, por las consecuencias que tiene para su cliente o paciente es el consentimiento informado. La Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de marzo de 2016⁸⁴², señala en el caso que:

"(...) no hubo mala praxis médica, sino falta de información respecto del riesgo de infección que se materializó en el curso de la intervención con graves consecuencias para la paciente" pues "al omitirse precisamente sobre tal riesgo la cumplida obligada información previa al consentimiento, se privó a la paciente del derecho de actuar en consecuencia, con pleno conocimiento, antes de dar su autorización (...). Por mucho que la intervención estuviera bien indicada, no existía necesidad vital ni hay prueba bastante en autos para pensar que la demandante se hubiera decidido en todo caso por la cirugía aun conociendo el grave riesgo que asumía y sus posibles consecuencias" (FJ 1º).

En este caso el TS está analizando una intervención pactada, pero con finalidad asistencial, que no era necesaria, pero que era la apropiada para solventar un problema de salud.

Considerar las obligaciones de seguridad como contractuales y, por ende, considerar como incumplimiento contractual, del que se deriva un daño contractual, la vulneración de las obligaciones de seguridad no es un hecho pacífico. Encontramos posiciones doctrinales como la de ORTÍ VALLEJO, que considera que *"estamos ante el deber u obligación de seguridad que no difiere del deber extracontractual que pesa sobre toda persona cuando entra en contacto con los demás"*⁸⁴³, que además también señala en la misma obra que *"trasladar la obligación de seguridad del campo*

⁸⁴¹ Esta sentencia enjuicia un asunto de responsabilidad penal surgida en el marco de la asistencia sanitaria pública y de carácter curativo, pero consideramos que, demuestra de forma muy clara la enorme relevancia de las obligaciones secundarias o de seguridad, que también forman parte de la práctica profesional y les pueden acarrear enormes problemas y dificultades a los mismos.

⁸⁴² Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 30 de marzo de 2016. Ponente D. José Antonio Seijas Quintana. RJ\2016\1548.

⁸⁴³ ORTÍ VALLEJO, Antonio, "La cuestión de la concurrencia de responsabilidad contractual y extracontractual en los daños por servicios" en ORTÍ VALLEJO, Antonio y GARCÍA CARNICA, Mª del Carmen, (dirs.), *La responsabilidad Civil por Daños Causados por Servicios Defectuosos. Estudio de la responsabilidad civil por servicios susceptibles de provocar daños a la salud y seguridad de las personas*. Ed. Thomson Reuters - Aranzadi. 2ª edición. 2015. Cizur Menor. Pág. 60.

*extracontractual al contractual (...) obedece a una razón estrictamente de favorecimiento de las víctimas de daños (...), lo que supone indudablemente forzar el contenido del contrato"*⁸⁴⁴.

Otras posturas, como la manifestada por GONZÁLEZ CARRASCO, señalan que *"la infracción del deber principal de prestación entraña un fenómeno de incumplimiento en sentido técnico, mientras que la omisión total de los deberes accesorios no origina un verdadero o propio incumplimiento, sino solamente un cumplimiento defectuoso"*⁸⁴⁵. Añado que en estos casos surgiría igualmente un incumplimiento contractual pues, el cumplimiento defectuoso, tampoco es cumplimiento que extinga la obligación.

Estamos frontalmente en contra de estas argumentaciones (ciertamente más de la primera de ellas que de la segunda), pues consideramos que las obligaciones de seguridad deben considerarse contractuales, más cuando, como en nuestro caso, incluyen obligaciones imperativas que una ley obliga a tener en consideración, tal y como sucede con la Ley 41/2002 y el consentimiento informado. Además, también es necesario que, cuando existen normas de corporación o de deontología que regulan una actividad, como sucede con las normas deontológicas que rigen la profesión médica, las mismas sean respetadas, y todo ello, teniendo en cuenta además que por el principio de integración del contrato, del artículo 1258 CC, entendemos que pasan a ser parte contractual.

Ciertamente disentimos también de la idea transcrita de la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de marzo de 2016, que afirma que si el actuar médico es el correcto en cuanto a que incluye las técnicas indicadas a nivel de intervención ya no hay mala praxis aun habiendo un problema de defecto de información e insuficiencia del consentimiento informado que llevó a condenar al profesional. En nuestra humilde opinión - ya manifestada en el apartado correspondiente a la *lex artis*⁸⁴⁶ - la mala praxis debería incluir sin lugar a duda cualquier incumplimiento, también los relativos a las obligaciones accesorias y de seguridad, y actuar sin el imperativo consentimiento

⁸⁴⁴ *Cit. Supra*. Págs. 61 y 62.

⁸⁴⁵ GONZÁLEZ CARRASCO, M^a del Carmen, "IV. El cumplimiento y el incumplimiento del contrato" en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo (dir.), *Tratado de Contratos*. Tomo I. Ed. Tirant lo Blanch. 2^a edición. 2013. Valencia. Pág. 1307.

⁸⁴⁶ *Vid.* Capítulo IV, apartado 1.2.

informado no consideramos que pueda entenderse como una actuación libre de mala praxis, pues el mismo es imperativo.

El incumplimiento contractual *en sentido amplio* se conoce como sinónimo de responsabilidad civil contractual pero como adelantamos anteriormente, la responsabilidad civil contractual propiamente dicha (o en sentido estricto) es la que se ocupa de resarcir los daños vinculados al incumplimiento.

El artículo 1124.2 CC⁸⁴⁷. Es decir, además de forzar el cumplimiento o solicitar la resolución del contrato, surgirá la responsabilidad civil del deudor que deberá resarcir también los daños y abonar los intereses.

El deudor de buena fe, según señala el artículo 1107 CC responderá de los daños y perjuicios *previstos o que se hayan podido prever al tiempo de constituirse la obligación y que sean consecuencia necesaria de su falta de cumplimiento*. Veremos en el próximo capítulo que la cuantificación de estos daños y perjuicios en casos de incumplimientos de profesionales médico estéticos no son, para nada, tarea sencilla.

Consideramos que acertadamente señala YZQUIERDO que cuando se analiza la responsabilidad civil contractual, derivada de incumplimiento no se suelen estudiar conceptos "*que sí se tratan, en cambio, al acometer el estudio de la extracontractual: (...) a) la acción u omisión antijurídica, b) el daño, c) la relación de causalidad, y d) el factor de atribución o de imputación (culpa, dolo, riesgo, etc.)*"⁸⁴⁸. Como consideramos muy acertada esa precisión, dichos elementos serán analizados en el próximo apartado 2.5⁸⁴⁹, que es el relativo a la responsabilidad civil contractual y que son realmente relevantes para nuestro objeto de estudio.

Y para concluir, consideramos que debemos apostar por la tendencia que considera sinónimos al incumplimiento contractual entendido como contravención del tenor literal de las obligaciones, al incumplimiento derivado del retraso en el cumplimiento, al incumplimiento de las obligaciones accesorias y de las obligaciones de

⁸⁴⁷ establece para los casos de incumplimiento contractual que "*el perjudicado podrá escoger entre exigir el cumplimiento o la resolución de la obligación, con el resarcimiento de daños y abono de intereses en ambos casos.*(...)" . Subrayado propio, para señalar lo que se entiende por responsabilidad civil contractual en sentido estricto.

⁸⁴⁸ YZQUIERDO TOLSADA, Mariano, (2016) *op. cit.* Pág. 106.

⁸⁴⁹ Excepto el daño, que será mencionado en el apartado 2.5.b) pero que será objeto de profundo estudio en el capítulo V de la presente obra.

seguridad y también al que surja cuando se produzca un cumplimiento inexacto (conocido también como defectuoso) - analizado anteriormente⁸⁵⁰ - que no sea convenientemente ajustado a la prestación concreta, especialmente cuando la obligación del profesional incluía la obtención de un resultado concreto.

2.3. El daño causado por producto defectuoso

Además de los incumplimientos contractuales analizados anteriormente, también nos podemos situar frente a incumplimiento contractual cuando, en las intervenciones médicas de satisfacción con finalidad estética intervienen productos, por regla general, Productos Sanitarios implantables con la finalidad de lograr el resultado estético deseado por los clientes, y los mismos resultan ser defectuosos. En estos casos, como veremos, el daño contractual estriba en el producto utilizado para cumplir la obligación del profesional pues, en la mayoría de ocasiones, si el producto no fuera defectuoso, no cabría considerar que ha existido un daño contractual, salvo en los casos en los que, además del producto defectuoso en sí mismo, la intervención también hubiera sido dañina para la víctima o se hubieran incumplido las obligaciones contractuales.

Tal y como señala PARRA LUCÁN⁸⁵¹, el Texto Refundido de la Ley General Para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, en su artículo 128, regula de forma conjunta el defecto en los bienes y en los servicios⁸⁵², algo que puede ser complejo a la hora de estudiar la figura del defecto de los productos o de los servicios contratados.

La responsabilidad por producto defectuoso en nuestras intervenciones nos conduce a las intervenciones estéticas donde se implantan en el cuerpo del cliente

⁸⁵⁰ Vid. Apartado 2.1. del presente capítulo.

⁸⁵¹ PARRA LUCÁN, M^a Ángeles, "Comentario del artículo 128 del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios" en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo, (coord.), *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras Leyes complementarias. (Real Decreto Legislativo 1/2007)*. Ed. Thomson Reuters - Aranzadi. 2009. ID Aranzadi: BIB\2009\3440.

⁸⁵² El artículo 128 TRLGDCU establece: "*Todo perjudicado tiene derecho a ser indemnizado en los términos establecidos en este Libro por los daños o perjuicios causados por los bienes o servicios. 2. Las acciones reconocidas en este libro no afectan a otros derechos que el perjudicado pueda tener a ser indemnizado por daños y perjuicios, incluidos los morales, como consecuencia de la responsabilidad contractual, fundada en la falta de conformidad de los bienes o servicios o en cualquier otra causa de incumplimiento o cumplimiento defectuoso del contrato, o de la responsabilidad extracontractual a que hubiere lugar*".

prótesis, con el objetivo de que las mismas permanezcan dentro del organismo alterando su forma natural durante un largo periodo de tiempo (que actualmente se intenta que sea indefinido⁸⁵³). Pero no de forma exclusiva, dado que otros productos defectuosos pueden generar daños contractuales a los clientes de la medicina estética, sin necesidad de que sean productos sanitarios implantables, como por ejemplo el instrumental quirúrgico, los medicamentos utilizados para la anestesia o la analgesia del cliente, o la maquinaria e instrumental médico de cualquier otro tipo (láser, jeringas de inyección, cánulas de vías para corriente sanguíneo,...) que se utilicen para la prestación del servicio médico de satisfacción con finalidad estética.

El mayor exponente de productos defectuosos en estas intervenciones son las prótesis implantables de silicona en gel o de silicona líquida que suelen ser para intervenciones mamarias, de glúteos, de pómulos y de testículo en su mayoría, pero existen de pectoral, de mentón, y otras muchas más, e incluso pueden hacerse a medida, para necesidades especiales del cliente. En el caso de los actos médicos de satisfacción con finalidad estética estas prótesis protagonizaron un enorme caso de daños por producto defectuoso a inicios de este siglo, que ha hecho que prácticamente se piense exclusivamente en ellas como productos defectuosos en el marco de la medicina estética.

Es el caso de las prótesis de la firma francesa PIP (Poly Implant Prothese), que tuvo un alcance mundial, pues la empresa PIP, de origen francés, era una de las mayores productoras de prótesis de silicona para uso médico-estético y médico-reparador a nivel mundial. En el año 2011 se reveló que desde el año 2001 aproximadamente la empresa había alterado el material de la composición de las prótesis, sustituyendo la silicona autorizada para uso médico por silicona industrial utilizada para la fabricación y reparación de navíos, mucho más económica, lo que generaba un mayor beneficio para

⁸⁵³ Las prótesis que se introducen en el cuerpo para aumentar el tamaño de ciertas partes (o cambiar su forma) no siempre son, a diferencia de lo que se cree, de duración indefinida. Por lo general, se considera que, además de ser necesario una serie de revisiones periódicas de las mismas, para asegurar que no hay roturas y fugas del material de su composición por el organismo, sufren un desgaste producido por el tiempo y por las presiones que el propio cuerpo ejerce sobre las prótesis que hacen que, en muchos casos, se considere recomendado la sustitución de las mismas, mediante nueva intervención quirúrgica, tras un periodo más o menos largo, que suele estar por encima de los diez o quince años. Es el profesional quien deberá advertir al cliente al respecto de la vida de las prótesis y de los cuidados y precauciones que deben tomarse, para su cuidado.

la empresa comercializadora, al reducir el precio de coste de las mismas, manteniendo el precio de venta⁸⁵⁴.

Sin embargo, el caso de las prótesis PIP no fue el primero que se vivió en Europa y que generó alerta al respecto de la seguridad de los implantes y, por conexión, sobre la seguridad de los Productos Sanitarios, en general. A finales de los años 90 del siglo XX se vivió la "crisis de Trilucent" que es como se conocía a las prótesis mamarias de aceite de soja que se comercializaban en Estados Unidos desde principios de los 90 y que tenían Marcado CE desde el año 1995⁸⁵⁵. La crisis al respecto de estas prótesis fue una crisis de riesgo, no de daños, pues, como señala GIL MEMBRADO *"en 2004 tras obtener los resultados de las pruebas la autoridad sanitaria británica - Medicines and Healthcare Products Regulatory Agency - se descarta de modo definitivo un riesgo real para la vida humana y se concluye que las prótesis Trilucent no producen efectos tóxicos"*⁸⁵⁶. Fue la falta de datos y de base científica sobre la seguridad del producto y del relleno en caso de rotura la que hizo que se explicaran esas prótesis mamarias, sin que se haya confirmado aún la conexión entre alguna enfermedad o deficiencia en el organismo a consecuencia de los implantes, o de la fuga del material de relleno de los mismos dentro del cuerpo⁸⁵⁷.

Volviendo a la idea general de daño causado por producto defectuoso, decimos que puede suceder que los productos que se utilicen en la intervención sean defectuosos y, en virtud de esos defectos, sean los responsables de los daños padecidos por los sujetos sometidos a esas intervenciones, por lo que entra en juego el régimen de responsabilidad por producto defectuoso, que se encuentra refundido dentro del Real Decreto Legislativo 1/2007 (TRLGDCU), concretamente en su Libro Tercero *Responsabilidad civil por bienes o servicios defectuosos*.

⁸⁵⁴ Para saber más al respecto del caso de las Prótesis PIP, puede leerse el artículo que publiqué el pasado 23 de junio de 2015 en el Blog de Derecho de la Salud de Eupharlaw titulado: "Responsabilidad por productos sanitarios: el caso de las prótesis PIP", disponible en el siguiente enlace: <http://www.eupharlaw.com/es/responsabilidad-por-productos-sanitarios-el-caso-de-las-protesis-pip/> (Consultado el 29 de septiembre de 2016).

⁸⁵⁵ El Marcado CE es el distintivo o certificado de evaluación que permite la comercialización dentro de la UE a los productos sanitarios - y a otras muchas categorías de productos - y, en principio, garantiza al consumidor que del producto cumple con la normativa europea y son confiables. El Marcado CE otorga seguridad a los consumidores europeos, para que estén tranquilos al respecto de la calidad de los productos pues actúa como filtro para la comercialización intracomunitaria.

⁸⁵⁶ GIL MEMBRADO, Cristina, *La responsabilidad civil por implante mamario. Mala praxis, consentimiento informado y prótesis defectuosa*. Ed. Comares. 2014. Granada. Pág. 126.

⁸⁵⁷ *Cit. Supra*. Pág. 126.

El artículo 135 del TRLGDCU recoge el principio general, según el cual, *los productores serán responsables de los daños causados por los defectos de los productos que, respectivamente, fabriquen o importen*. Por ello debemos acudir al artículo 5º de la misma norma, para obtener el concepto de *productor*. Dice el artículo 5:

"Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 138, a efectos de lo dispuesto en esta norma se considera productor al fabricante del bien o al prestador del servicio o su intermediario, o al importador del bien o servicio en el territorio de la Unión Europea, así como a cualquier persona que se presente como tal al indicar en el bien, ya sea en el envase, el envoltorio o cualquier otro elemento de protección o presentación, o servicio su nombre, marca u otro signo distintivo".

Esto nos lleva a que, en el caso concreto de las prótesis defectuosas o de cualquier producto defectuoso utilizado por el médico prestador del servicio contratado, aflore una parte distinta a las partes del contrato, que pasa a ser parte del problema. Es decir, el contrato en virtud del cual un cliente acuerda con un profesional la introducción de unas prótesis (p. ej. mamarias) pasará a vincular al productor de las prótesis, por ser el responsable de la fabricación, o de la importación del producto a la UE. Ahora bien, el artículo 138 TRLGDCU establece unos matices, de los que debemos señalar los que se encuentran en el apartado segundo:

"2. Si el productor no puede ser identificado, será considerado como tal el proveedor del producto, a menos que, dentro del plazo de tres meses, indique al dañado o perjudicado la identidad del productor o de quien le hubiera suministrado o facilitado a él dicho producto. La misma regla será de aplicación en el caso de un producto importado, si el producto no indica el nombre del importador, aun cuando se indique el nombre del fabricante".

Esto hace que el *profesional* que provee el producto, pase a ubicarse en una situación de responsabilidad, aunque sea en segundo plano, para el caso de que no sea conocido el *productor* del producto que ha resultado ser defectuoso.

En la práctica, en los casos de actos médicos de satisfacción con finalidad estética, en parte fruto del temor a que se vuelvan a reproducir situaciones como las ocasionadas por la firma PIP, los profesionales médicos que pretenden o requieren la utilización de prótesis (u otros productos auxiliares) para la realización de sus intervenciones y la prosecución de los resultados estéticos perseguidos, suelen identificar dentro del propio contrato el fabricante de las prótesis, el modelo, el número

de serie, el lote y cualesquiera otros datos que permitan su identificación. Y, además, todas las prótesis incluyen un número de serie, que se marca en el propio producto, que debe coincidir con el número que se facilita al cliente y que obra en los certificados de calidad y de garantía que se entrega al cliente del acto médico por parte de la entidad fabricante o que, si no son entregadas, deben ser requeridas al profesional médico, pues es él quien adquiere las prótesis al fabricante o a su intermediario, para luego a su vez, venderlas e implantarlas dentro de sus clientes.

Cabe también que nos cuestionemos qué debe entenderse por *producto defectuoso* y qué implicación puede tener con nuestro objeto de estudio, de una forma más centrada en la norma y no tanto en el caso concreto de las prótesis implantables, pues no son los únicos productos que intervienen en los actos médicos de satisfacción con finalidad estética. Para ello consideramos que cabe primero definir los elementos esenciales de este tipo de daño contractual y, posteriormente, observar los casos concretos que nos parezcan referenciales.

El artículo 137 del TRLGDCU define el producto defectuoso sin "*la más nimia diferencia entre la norma derogada y la vigente*"⁸⁵⁸. Se considera un producto defectuoso aquel que, según el citado precepto⁸⁵⁹, no ofrezca la seguridad que cabría esperar legítimamente de él, pero, tal y como señala PARRA LUCÁN, "*la seguridad debe valorarse excluyendo la manipulación incorrecta, el uso abusivo o inadecuado del producto*"⁸⁶⁰, cuestión realmente relevante en nuestro objeto de estudio, pues los profesionales sanitarios manipulan los productos con los que trabajan, de forma tal que

⁸⁵⁸ Como señala GUTIERREZ SANTIAGO, refiriéndose a la adopción literal del concepto de producto defectuoso que se ha realizado en el Texto Refundido del año 2007 de la derogada Ley 22/1994, la cita ha sido extraída de la siguiente obra: GUTIÉRREZ SANTIAGO, Pilar, *Daños Causados por Productos Defectuosos. (Su régimen de Responsabilidad Civil en el Texto Refundido de 2007 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras Leyes Complementarias)*. Ed. Thomson Aranzadi. 2008. Cizur Menor. Pág. 79.

⁸⁵⁹ El artículo 137 TRLGDCU establece: "*1. Se entenderá por producto defectuoso aquél que no ofrezca la seguridad que cabría legítimamente esperar, teniendo en cuenta todas las circunstancias y, especialmente, su presentación, el uso razonablemente previsible del mismo y el momento de su puesta en circulación. 2. En todo caso, un producto es defectuoso si no ofrece la seguridad normalmente ofrecida por los demás ejemplares de la misma serie. 3. Un producto no podrá ser considerado defectuoso por el solo hecho de que tal producto se ponga posteriormente en circulación de forma más perfeccionada*".

⁸⁶⁰ PARRA LUCÁN, M^a Ángeles, "Comentario del artículo 137 del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios" en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo, (coord.), *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras Leyes complementarias*. (Real Decreto Legislativo 1/2007). Ed. Thomson Reuters - Aranzadi. 2009. Cizur Menor. Págs. 1676 - 1678.

podría considerarse que existe un problema de seguridad en los mismos, cuando en realidad lo que ha sucedido es una incorrecta manipulación de los productos, o un uso inadecuado.

A raíz de la definición normativa, que como hemos visto, no ha sido modificada en el momento de refundir la ley de productos defectuosos con la ley de consumidores, la doctrina habla de una triple concepción de producto defectuoso, en atención al tipo de defecto, "*entre defectos de fabricación, de diseño y de información*"⁸⁶¹ que redundan en un concepto único de defecto, que se justifica por la falta de seguridad que cabría esperar de forma legítima sobre el producto.

La responsabilidad por productos defectuosos es de tipo objetiva, pues así se configuró en la Ley 22/1994 y se mantuvo en el TRLGDCU, esto significa que se prescinde de la culpa del productor, y solo es necesario que se pruebe el defecto en el producto, el daño ocasionado y la relación entre defecto y daño para que se deba resarcir al perjudicado. Así queda recogido en el artículo 139 TRLGDCU que literalmente establece que "*el perjudicado que pretenda obtener la reparación de los daños causados tendrá que probar el defecto, el daño y la relación de causalidad entre ambos*".

Además, el productor no queda eximido de la responsabilidad que traiga causa en el defecto de su producto por el hecho de demostrar que actuó diligentemente, pues no es esa ninguna de las causas de exoneración de la responsabilidad del productor, que podemos encontrar en el artículo 140 TRLGDCU, que sí establece otras causas de exoneración, como *no haber puesto en circulación el producto (a); que el defecto no existía en el momento en que se puso en circulación el producto (b)* y otras.

Es necesario indicar que, el referido artículo 140 contiene una causa de exoneración conocida como "*el estado de los conocimientos científicos y técnicos existentes en el momento de la puesta en circulación*" que se considera no aplicable, según señala el apartado 3º del mismo artículo 140, a los medicamentos, alimentos o productos alimentarios destinados al consumo humano. Esto significa que los productores de medicamentos y de alimentos no podrán excusarse en el *estado de los conocimientos y de la ciencia* para no afrontar la responsabilidad causada por sus

⁸⁶¹ GUTIÉRREZ SANTIAGO, Pilar, *op. cit.* Pág. 82.

productos defectuosos. Sin embargo, en una enorme exhibición de poco rigor legislativo, los productos sanitarios - que no son medicamentos - han quedado fuera de este apartado tercero, motivo por el que debemos considerarles aplicables a ellos la excusa del estado de los conocimientos científicos y técnicos en el momento de puesta en circulación de estos productos. Aunque los productos sanitarios sean, en ocasiones, tan complejos o más que muchos medicamentos.

El hecho de encontrarnos frente a una responsabilidad objetiva, no es, *per se* una ventaja absoluta, pues el régimen de la responsabilidad por productos defectuosos del TRLGDCU incluye una serie de limitaciones de la responsabilidad, como la franquicia. Actualmente es de 500 euros, por debajo de la cual no cabe que sean indemnizados por este régimen los daños materiales. Esta cuestión haría necesario - según nuestro entender - acudir a la responsabilidad de los artículos 1101 CC, vista la relación contractual entre el productor y el cliente, aunque exista un intermediario, si los daños ocasionados por el defecto del producto en la víctima son inferiores a esa cantidad.

Sin embargo, GUTIÉRREZ SANTIAGO, señala que la víctima podrá acudir a la indemnización por los conceptos menores a la franquicia "*mediante el ejercicio de las acciones previstas en otras normas y, señaladamente, de las reglas generales de la responsabilidad civil extracontractual de los artículos 1902 y concordantes CC*"⁸⁶². Pero nosotros consideramos que la vinculación es contractual y que debería reclamarse, en estos casos, frente al fabricante y también frente al profesional que utilizó los productos defectuosos, especialmente en caso de que los defectos pudieran haber sido advertidos por el mismo, fruto de su especialización. Y ello porque en los casos de daños inferiores al importe de la franquicia estaremos de nuevo ante un régimen culpabilístico, en cuyo caso consideramos oportuno que se estudie la diligencia de cada una de las partes para poder decidir quién actuó de forma negligente.

También coincide con este argumento GIL MEMBRADO, cuando expone que "*las pacientes afectadas por prótesis defectuosas pueden interponer acciones frente al fabricante, frente al hospital, frente a la administración y frente al cirujano*"⁸⁶³, haciendo referencia a la posibilidad de frentes y de vías que se abren en el momento de solicitar la compensación por los daños causados por prótesis defectuosas. En el caso

⁸⁶² GUTIÉRREZ SANTIAGO, Pilar, *op. cit.* Pág. 125.

⁸⁶³ GIL MEMBRADO, Cristina, *op. cit.* Pág. 133.

expuesto por la doctora, se analiza también la responsabilidad de la administración por la autorización de un producto defectuoso y también la posible responsabilidad de la administración pública por utilizar prótesis defectuosas en sus intervenciones en el ámbito de la Seguridad Social. Tanto los medicamentos como los productos sanitarios siguen un régimen administrativo muy complejo y con enormes facultades de control y de inspección desempeñadas por las autoridades que en opinión de la autora, que compartimos, debería poder permitir que las víctimas del producto le solicitaran compensaciones por la negligente realización de sus funciones.

También se analizan por la profesora GIL MEMBRADO, la posible responsabilidad penal de los responsables de poner en el mercado un producto que puede atentar contra la salud pública, haciendo alusión a los tipos penales recogidos en los artículos 359 y siguientes del CP⁸⁶⁴. Consideramos esta opinión ciertamente acertada, aunque nosotros pretendemos centrar el estudio en las vías civiles que tiene la persona perjudicada para resarcirse del daño que el defecto del producto le ha ocasionado.

La profesora GILI SALDAÑA, publicó en el año 2008 una de las únicas, sino la única, obra referida a la normativa española de productos defectuosos cuyo objeto de estudio son los *productos sanitarios*, tales como las prótesis que hemos visto que protagonizaron enormes daños a muchas personas en los años 2010 y siguientes. En su obra se coincide con el argumento que hemos expresado al respecto de la cabida de la responsabilidad civil contractual o extracontractual "*aplicables al caso concreto*"⁸⁶⁵, es decir, sin excluir la posibilidad de que la responsabilidad aplicable sea la contractual. Y de hecho, consideramos que es posible que se acumulen en una misma causa las acciones civiles contractuales o extracontractuales según convengan - que en el caso de actos médicos de satisfacción con finalidad estética entendemos que deberían ser contractuales, pues los daños se causan *precisamente* porque existe un contrato entre las partes y por la ejecución del mismo - y las acciones de responsabilidad por producto defectuoso.

⁸⁶⁴ Tras la reforma del año 2015 se modificaron un poco algunos de los preceptos del Capítulo III. "*Delitos contra la salud pública*". Sin embargo, el artículo 359 CP sigue recogiendo la actividad de fabricar una sustancia o producto nocivo para la salud como una de las formas de realizar el tipo penal del delito contra la salud pública. Y los artículos siguientes hasta el artículo 378 CP, recogen el resto de posibilidades de atentado contra la salud pública.

⁸⁶⁵ GILI SALDAÑA, Marian, *El producto sanitario defectuoso en Derecho español*. Ed. Atelier. 2008. Barcelona. Pág. 85.

Esta posibilidad se señala, concretamente, cuando se expone otro de los límites que el TRLGDCU introduce a la responsabilidad por producto defectuoso, además de la franquicia, que es la imposibilidad de reclamar los daños materiales que existan en el propio producto (*ex art. 142 TRLGDCU*⁸⁶⁶). Pero también funciona, es decir, también se puede acudir a la reclamación de la responsabilidad civil contractual o extracontractual, según proceda, para obtener una indemnización por los daños morales, que se deriven del daño causado por producto defectuoso, ya que también están excluidos del régimen de responsabilidad que establece el TRLGDCU para los productos defectuosos (*ex arts. 128 y 129*).

Para concluir con la teoría al respecto de los daños causados por productos defectuosos debemos señalar que el artículo 143 del TRLGDCU establece un plazo de prescripción de la acción de 3 años desde que se produjo el perjuicio a la víctima.

Los Tribunales han tenido la posibilidad de analizar casos de responsabilidad por producto defectuoso en intervenciones médico-estéticas, y consideramos necesario traer a colación la Sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante de 20 de marzo de 2013⁸⁶⁷, referida a los implantes mamarios defectuosos. En ella se resuelve el recurso de apelación que una clínica estética interpone contra la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia, que consideró responsables solidarias a la apelante (clínica estética) y a la fabricante de las prótesis: la entidad francesa Poly Implant Prothesis (PIP) que estaba en situación de rebeldía procesal.

En el Fundamento de Derecho Segundo *in fine*, la Audiencia de Alicante señala que:

"(...) no pueden estimarse esas alegaciones ni es de aplicación la jurisprudencia señalada por la parte apelante, ya que la responsabilidad deriva no de la intervención quirúrgica en sí, sino de la colocación de un producto defectuoso, definido como aquel que no ofrece la seguridad que cabría legítimamente esperar, derivándose de esa actuación una responsabilidad objetiva".

A nuestro juicio, la clínica apelante, estaba intentando desvincularse de la acción indicando que no se prometió un resultado y que la jurisprudencia señala que el

⁸⁶⁶ Art. 142 TRLGDCU: "Los daños materiales en el propio producto no serán indemnizables conforme a lo dispuesto en este capítulo, tales daños darán derecho al perjudicado a ser indemnizado conforme a la legislación civil y mercantil".

⁸⁶⁷ Sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante, Sección 5ª, de 20 de marzo de 2013. Ponente Dª. Visitación Pérez Serra. JUR\2013\184723.

resultado no es exigible si no está prometido, pero la Audiencia le recuerda que, en este caso, la responsabilidad se les impone por el defecto del producto, es decir, que no están señalando que haya un resultado prometido, pero que han existido unos daños derivados del defecto del producto implantado, a lo que se suma un problema en el consentimiento informado que da lugar a una indemnización por daño moral.

Concluiremos señalando que, en nuestra opinión, la Audiencia ha realizado una interpretación un tanto flexible y extensiva de las normas de sobre productos defectuosos, pues ha aplicado a la clínica que se ocupaba de la intervención de implante de las prótesis la *condición de importadora* aún siendo conocida la empresa fabricante de los productos defectuosos (que eran de la forma PIP). Seguramente por razón de justicia material, para poder indemnizar el daño de la víctima, dado que la codemandada fabricante de las prótesis estaba en situación de rebeldía y, además, la entidad tenía ya innumerables procesos abiertos en todo el mundo y su presidente Jean-Claude Mas Florent, estuvo desaparecido y buscado por la Interpol durante algunos meses, hasta su definitiva detención y procesamiento.

2.4. Compatibilidad o incompatibilidad de las reglas de consumidores en los actos médicos de satisfacción con finalidad estética. El pánico ocasionado por la responsabilidad objetiva

Finalizábamos el apartado 4º del Capítulo primero analizando la posibilidad de que los clientes (o *pacientes-clientes*) de los actos médicos de satisfacción con finalidad estética que acuden a contratar una intervención médica con un profesional o centro especializado en este tipo de intervenciones y de forma absolutamente voluntaria podían, como mínimo hipotéticamente, encajar en el concepto de consumidor. Definido en el artículo 3º (TRLGDCU), que consideran consumidor, siguiendo las pautas de las normas europeas introducidas en nuestro ordenamiento, a "*... las personas físicas que actúen con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión (...)*"⁸⁶⁸.

Autores como RODRÍGUEZ MARÍN defienden que "*el usuario de un servicio de medicina voluntaria dispone de dos posibles vías de defensa de sus intereses*

⁸⁶⁸ Art. 3.1. del TRLGDCU.

dañados: el Código Civil y la LGDCU, aunque quede reducida a una, pues en muchas ocasiones sólo prosperan las argumentadas bajo los preceptos del Código y, si no es así, ya se encargan los Tribunales de hacerlo"⁸⁶⁹. La autora se quejaba de la omisión del régimen de responsabilidad especial que tradicionalmente se ha venido haciendo por parte de los jueces y tribunales que se han ocupado de resolver asuntos de relación médico-privada de los que se hubieran derivado daños a un cliente-consumidor.

El régimen que se configura en el caso de la responsabilidad especial de los consumidores y usuarios, es un régimen de responsabilidad originado por el incumplimiento contractual, pues entre el consumidor y el usuario existe una relación contractual y es *precisamente* por ella por la que se activan los mecanismos de protección y defensa de los consumidores.

Concretamente hemos decidido analizar la defensa de los consumidores dentro del estudio de la responsabilidad civil por incumplimiento contractual, y también analizaremos la posibilidad de que este régimen sea realmente aplicable a nuestros casos de estudio y, a la vez, compatibilizado con la responsabilidad civil contractual de los artículos 1101 y siguientes del CC, dado que la responsabilidad del empresario para con el consumidor no engloba todos los conceptos indemnizatorios que sí se aceptan en el derecho común, por expreso deseo de la normativa de consumidores.

El título I del Libro Tercero del TRLGDCU es el que se ocupa de las disposiciones comunes en materia de responsabilidad civil por bienes o servicios defectuosos. Y el primero de los artículos del Capítulo I, el artículo 128, establece como vimos anteriormente, en su segundo apartado, que:

"2. las acciones reconocidas en este libro no afectan a otros derechos que el perjudicado pueda tener a ser indemnizado por daños y perjuicios, incluidos los morales, como consecuencia de la responsabilidad contractual, fundada en la falta de conformidad de los bienes o servicios o en cualquier otra causa de incumplimiento o cumplimiento defectuosos del contrato, o de la responsabilidad extracontractual a que hubiere lugar".

Es decir, la norma configura el régimen de responsabilidad para la protección de los consumidores como un régimen absolutamente compatible con los regímenes de responsabilidad civil contractual y extracontractual del Código Civil.

⁸⁶⁹ RODRÍGUEZ MARÍN, Concepción, *op. cit.* Pág. 458.

Sin embargo, la Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de octubre de 2010⁸⁷⁰, en un supuesto de medicina asistencial donde el perjudicado pretendía la aplicación de la responsabilidad extracontractual *ex art.* 1902 CC y la responsabilidad objetiva que se configura en el régimen de defensa de los consumidores, establece que:

"la responsabilidad fundada en la Ley de Consumidores y Usuarios no afecta a los actos médicos propiamente dichos, dado que es inherente a los mismos la aplicación de criterios de responsabilidad fundados en la negligencia por incumplimiento de la lex artis ad hoc. Por consiguiente, la responsabilidad establecida por la legislación de consumidores únicamente es aplicable en relación con los aspectos organizativos o de prestación de servicios sanitarios" (FJ 3º).

Esta afirmación, encuentra apoyo argumental en anteriores sentencias del Tribunal Supremo.

Como por ejemplo en la Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de febrero de 2001⁸⁷¹ que también analiza un caso de responsabilidad sanitaria (muerte de un bebé por neumonía no diagnosticada). En dicha Sentencia, el primero de los motivos de casación aceptados a trámite es el de la infracción del artículo 28 de la antigua Ley General para la defensa de los consumidores y usuarios pero por la falta de adopción de todas las medidas necesarias para evitar el daño. Pese a ello, el Tribunal desestimó el motivo, alegando que:

"los arts. 1902 y 1903 CC son partes de un sistema de responsabilidad civil asentado sobre la culpa, nada tiene que ver con el fundamento de los servicios públicos a quienes se imputa el daño" y que el precepto (art. 28) *"ni sirve para que los preceptos civiles se interpreten superando el principio de la culpa, ni su aplicación desplaza la normativa de la responsabilidad de la Administración por el funcionamiento de los servicios sanitarios"* (FJ 2º).

Podemos observar como el Sumo Tribunal, considera que no cabe que sean reclamados daños causados por los profesionales médicos acogiéndonos al régimen de responsabilidad que se configura en la norma de consumidores y usuarios, pese a la literalidad del artículo 129 del TRLGDCU que establece *"1.El régimen de responsabilidad previsto en este libro comprende los daños personales, incluida la muerte, y los daños materiales, siempre que éstos afecten a bienes o servicios"*

⁸⁷⁰ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 29 de octubre de 2010. Ponente D. José Antonio Seijas Quintana. RJ\2010\7617.

⁸⁷¹ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 5 de febrero de 2001. Ponente D. Francisco Marín Castán. RJ\2001\541.

objetivamente destinados al uso o consumo privados y en tal concepto hayan sido utilizados principalmente por el perjudicado" y que es el artículo en el que se ha refundido parte del antiguo artículo 28 de la Ley 26/1984⁸⁷² (la otra parte está en el artículo 148 como veremos seguidamente). Considera que podrían reclamarse en virtud de la norma de consumidores los daños ocasionados por aspectos deficientes en el servicio "*aspectos organizativos o de prestación de servicios sanitarios, ajenos a la actividad médica propiamente dicha*". Se dice también en el Fundamento Jurídico Tercero de la Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de junio de 2013⁸⁷³, que ya hemos criticado anteriormente⁸⁷⁴ por ser la sentencia en la que el Sumo Tribunal olvida que se está ante un acto médico de satisfacción y se centra en la sanación que la intervención contratada iba a proporcionar a *la paciente*, que en nuestra opinión es cliente, que había contratado una reducción de pecho y reducción de la grasa abdominal.

Esta última sentencia, parece querer indicarnos que el régimen de responsabilidad que se configura en relación con la protección de los consumidores tampoco puede aplicarse a la responsabilidad civil médica contractual, pues en éste caso, no se discute la vinculación contractual existente entre la perjudicada y la profesional y se reclaman daños contractuales, siguiendo las pautas del artículo 1101 y ss. del Código civil.

Esta línea jurisprudencial del Tribunal Supremo es a nuestro juicio sorprendente e injustificada. En el marco actual de la norma de protección de los consumidores y, aún entendiendo que el régimen general de la responsabilidad sanitaria no prescinda de la culpa, consideramos poco afortunado que se realicen interpretaciones demasiado *sui generis* de la norma. Pues la interpretación de los artículos 128 y 129 del TRLGDCU no pueden conducirnos a que los daños a que se refiere la norma de consumidores sean exclusivamente los organizativos, más cuando el contrato se celebró para que se llevara a cabo un servicio o prestación médica y esa es la que origina el daño, pues la intervención médica contratada es el "*bien o servicio objetivamente destinado al uso o consumo privado*" al que se alude en el artículo 129.1.

⁸⁷² Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios.

⁸⁷³ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 28 de junio de 2013. Ponente D. José Antonio Seijas Quintana. RJ\2013\4986.

⁸⁷⁴ *Vid.* Capítulo III, apartado 4.3.c).

La idea de que el servicio médico solo puede considerarse afectado por las reglas de consumidores y usuarios se basa en la estructura de la norma de defensa de los consumidores, pues la norma parece configurar dos situaciones o subcategorías de responsabilidades: la de los productos defectuosos, y la de otros bienes o servicios. En esta segunda subcategoría es donde entrarían a formar parte los *aspectos organizativos* que los tribunales admiten como causa para acudir a esta responsabilidad objetiva, pero sin embargo, no consideran que sea posible que se acuda a ella para cuando los daños se derivan del propio servicio médico, incluso atendiendo a la literalidad del artículo 148 TRLGDCU:

"Artículo 148. Régimen especial de responsabilidad.

Se responderá de los daños originados en el correcto uso de los servicios, cuando por su propia naturaleza, o por estar así reglamentariamente establecido, incluyan necesariamente la garantía de niveles determinados de eficacia o seguridad, en condiciones objetivas de determinación, y supongan controles técnicos, profesionales o sistemáticos de calidad, hasta llegar en debidas condiciones al consumidor y usuario.

En todo caso, se consideran sometidos a este régimen de responsabilidad los servicios sanitarios, los de reparación y mantenimiento de electrodomésticos, ascensores y vehículos de motor, servicios de rehabilitación y reparación de viviendas, servicios de revisión, instalación o similares de gas y electricidad y los relativos a medios de transporte.

Sin perjuicio de lo establecido en otras disposiciones legales, las responsabilidades derivadas de este artículo tendrán como límite la cuantía de 3.005.060,52 euros⁸⁷⁵.

Prudentemente considero que, el hecho de que los servicios médicos se encuentren sometidos a este régimen de responsabilidad, no debería imposibilitar que, cuando los profesionales intervienen ante consumidores, al haber contratado con ellos ciertas intervenciones, pudieran responsabilizarse acudiendo al régimen de defensa de los consumidores, incluso de forma conjunta a la reclamación de la responsabilidad contractual por los daños derivados del incumplimiento, dado que no todos los conceptos entran en el régimen de responsabilidad de los consumidores, pero sí pueden ser objeto de indemnización en el derecho común.

⁸⁷⁵ El subrayado del fragmento es propio.

Consideramos oportuno señalar una idea que en el año 2007 (antes de que entrara en vigor el TRLGDCU), exponía ASUA GONZÁLEZ indicando la contradicción que se observaba:

*"hay [había podríamos decir ahora] en el Tribunal Supremo una clara línea de objetivación de la responsabilidad sanitaria que convive con otra que realiza convencidas proclamas de subjetivismo. Curiosamente la objetivación no se realiza apoyándose directa y principalmente en el artículo 28 LGDCU [actual 129 y 148 TRLGDCU] sino llevando hasta el límite los mecanismos relacionados con la prueba de la culpa e invocando tal precepto a mayor abundamiento (...) a estas alturas no puede evitarse pensar que no se desea abordar expresamente la peliaguda cuestión de circunscribir el ámbito de una responsabilidad sin culpa"*⁸⁷⁶.

Vemos como la Jurisprudencia ya no es tan partidaria de la responsabilidad objetiva, pero además, vemos a la vez como no se está realizando un verdadero esfuerzo por definir en qué casos cabría que se aplicara el régimen de defensa de los consumidores y usuarios, por lo que la afirmación de la autora sigue bastante vigente.

Observamos el pavor de la jurisprudencia a que *ello* suceda (la responsabilidad sin culpa), - por mucho que existan voces doctrinales que reclaman que así sea como la autora citada -, por cuanto supondría, al menos en parte, objetivar la responsabilidad de los profesionales médicos para con sus clientes que pudieran categorizarse como consumidores y, aunque se ha objetivado la responsabilidad médica en muchas ocasiones e incluso durante décadas, especialmente ante intervenciones voluntarias, parece ser que el TS se quiere mantener firme en la defensa de una responsabilidad médica que no prescinda de la culpa o del dolo en ningún caso. Dejando la norma de consumidores para las cuestiones relativas a defectos en el servicio contratado (infecciones hospitalarias, daños provocados por las instalaciones,...), como si el propio acto médico no fuera el servicio contratado.

⁸⁷⁶ ASÚA GONZÁLEZ, Clara I., "Responsabilidad sin culpa en la medicina privada: el artículo 28 LGDCU" en MORENO MARTÍNEZ, Juan Antonio, *La Responsabilidad Civil y su problemática actual*. Ed. Dykinson. 2007. Madrid. Pág. 59

2.5. Conclusión: Elementos de la responsabilidad civil contractual vinculados al incumplimiento

Como observamos anteriormente, hay autores, como YZQUIERDO, que señalan la necesidad de que elementos que, tradicionalmente han sido estudiados de forma prácticamente exclusiva en el ámbito de la responsabilidad civil extracontractual, y que deberían ser analizados también dentro de la responsabilidad civil contractual, pues son elementos que también se encuentran en los casos de incumplimiento contractual y permiten "*imputar el resultado lesivo a un determinado patrimonio*"⁸⁷⁷. El autor se refiere a *la acción u omisión antijurídica*; a *el daño*; a *la relación de causalidad*; y a *los factores de atribución de la responsabilidad*, que operan "*en ambos terrenos de la responsabilidad civil, y por muy partidario que se sea de la separación de regímenes, está claro que en una y otra esfera será necesario que se den tales elementos*"⁸⁷⁸.

Atendiendo a la relevancia de los referidos elementos, también dentro de la responsabilidad civil contractual, los estudiamos a continuación de forma pormenorizada intentándolos vincular con los actos médicos de satisfacción con finalidad estética que protagoniza nuestro objeto de estudio y con el incumplimiento contractual que dará lugar a la responsabilidad civil.

a) La acción u omisión antijurídica

La acción u omisión causantes del daño, dentro del ámbito contractual serán cualesquiera acciones u omisiones que supongan un incumplimiento contractual, lo que para nuestro caso objeto de estudio puede ser una actuación contraria a la prestación contratada o la omisión de la prestación, de forma tal que se produzca la inobservancia de las obligaciones que se habían acordado contractualmente y podamos, en su virtud, hablar de un incumplimiento contractual.

Por ejemplo, una *acción antijurídica* en el ámbito de los actos médicos de satisfacción con finalidad estética podría ser la práctica de una intervención que no sea la contratada, o la realización de la intervención en una parte del cuerpo distinta de la

⁸⁷⁷ YZQUIERDO TOLSADA, Mariano, (2016) *op. cit.* Pág. 106.

⁸⁷⁸ *Cit. Supra.* Pág. 151.

contratada, o también, dañar al cliente durante la realización de las prácticas contratadas.

Como ejemplo de *omisión antijurídica* que puede suponer incumplimiento contractual en los actos médicos de satisfacción con finalidad estética podemos señalar: la no realización de la actuación pactada, o el impago del cliente, una vez ya se ha realizado correctamente el acto médico que se contrató.

Actuar sin el consentimiento informado que la Ley 41/2002 establece como imprescindible, ha sido observado por la jurisprudencia como una omisión⁸⁷⁹, como por ejemplo sucede en la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de junio de 2009⁸⁸⁰, que es distinta de la referida en el Capítulo III⁸⁸¹, aunque también es del día 30 de junio de 2009. La que se analiza ahora, enjuicia un caso de responsabilidad sanitaria en el ámbito de la medicina asistencial (aunque en el caso concreto también realizada en centro médico privado) en la que, pese a que no se consideró que hubiera negligencia en la intervención del profesional, se condenó al pago de una indemnización al perjudicado "*toda vez que el riesgo silenciado efectivamente se materializó durante la intervención quirúrgica practicada por el cirujano demandado*" (FJ 4º); es decir, se condenó por la omisión de información.

Consideramos que, actuar sin consentimiento informado, puede considerarse una acción antijurídica. Sin embargo, cuando el defecto está en la información insuficiente, pero pese a la cual se ha obtenido un consentimiento informado (o mal informado), no podremos decir que nos hallemos frente a una inexistencia de consentimiento informado, sino que estaríamos frente a una *omisión antijurídica* pero, sea como fuere, estas acciones u omisiones antijurídicas relativas al consentimiento informado o a su información, son para nosotros, parte de los elementos esenciales del incumplimiento contractual.

⁸⁷⁹ Tal y como señala YZQUIERDO (2016) en su análisis de la acción u omisión antijurídica. YZQUIERDO TOLSADA, Mariano, *op. cit.* Pág. 153.

⁸⁸⁰ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 30 de junio de 2009. Ponente D. José Antonio Seijas Quintana. RJ\2009\4323.

⁸⁸¹ *Vid.* Capítulo III, apartado 4.3.b).

b) El daño

El segundo de los elementos que analizamos porque se requieren para que surja la responsabilidad civil, tanto contractual como extracontractual, es el daño o perjuicio. En el caso de la responsabilidad civil contractual, está reflejado en el artículo 1101 CC⁸⁸²; mientras que en el caso de la extracontractual aparece mencionado en el art. 1902 CC⁸⁸³ y que tradicionalmente se ha entendido como "*el primer elemento constitutivo de la responsabilidad civil*"⁸⁸⁴.

El daño tiene una complejidad de análisis tal y es tan relevante en los actos médicos que analizamos - así como siempre que se analiza cualquier tipo de responsabilidad -, que será el protagonista de un completo epígrafe en el capítulo siguiente⁸⁸⁵, porque además, el daño está estrechamente vinculado con la cuantificación de la responsabilidad civil, dado que es el principal elemento resarcible y hace que se pueda cuantificar el perjuicio.

Pese al desarrollo que protagonizará en el capítulo siguiente, consideramos oportuno, hacer un pequeño esfuerzo expositivo aquí, para vincular al concepto de "daño" una explicación que nos permita ubicarlo dentro del incumplimiento contractual concreto, y observarlo asimismo en los casos en los que se entiende el daño como extracontractual.

El daño, a efectos de responsabilidad civil, es cualquier perjuicio cierto y cuantificable que padece una persona (perjudicado o víctima) fruto de la acción u omisión de otra persona, con independencia de la vinculación existente entre esas dos personas. Se ha categorizado de múltiples formas y con muchas definiciones distintas según sus características concretas, sin embargo, se suele estudiar generalmente clasificado en parejas o grupos de conceptos, que atienden a formas del perjuicio usando un elemento que se usa como nexo de unión o de distinción de los conceptos, según los casos, como seguidamente vemos:

⁸⁸² Art. 1101 CC "*Quedan sujetos a la indemnización de los daños y perjuicios causados los que en el cumplimiento de sus obligaciones incurrieren en dolo, negligencia o morosidad, y los que de cualquier modo contravinieren al tenor de aquellas*".

⁸⁸³ Art. 1902CC "*El que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado*".

⁸⁸⁴ YZQUIERDO TOLSADA, Mariano, (2001), *op. cit.* Pág. 143.

⁸⁸⁵ *Vid.* Capítulo V, especialmente apartado 3°.

i. Primeramente se suele diferenciar entre *daños materiales o patrimoniales*; *daños personales o corporales* (donde se incluyen entre otros, los *daños morales* y el *perjuicio estético*). Se identifica a los primeros como los daños en el patrimonio del afectado, a los segundos como daños en la persona del afectado y a los *daños morales* como "*dolor psíquico o espiritual*"⁸⁸⁶. Sin embargo, estas categorías son muy amplias y acogen, a su vez, infinitos conceptos de muy distinta categorización - especialmente los daños materiales y los personales -, motivo por el que se han ido constituyendo distintas categorías o agrupaciones según los elementos que comparten o en los que son opuestos esos tipos o clases de daños.

ii. Si atendemos *al momento* en que se manifiesta el daño, hablamos de *daño actual* o de *daño futuro*, entendiendo por actual - o presente - como aquél que se manifiesta y es cuantificable en el momento en el que se está acordando - o exigiendo - su reparación. El futuro, por contra, es el daño que se prevé que surgirá en el futuro, los cuales no se deben confundir con los daños sobrevenidos. Para distinguirlos, se entiende que el daño futuro es el que se prevé que sucederá, como el gasto en tratamiento médico o auxilio personal para sobrellevar la situación personal del perjudicado (curas, auxilio doméstico, medicación, prótesis,...), mientras que el *sobrevenido* se considera *daño nuevo* y son los daños que "*guardando relación de causa a efecto con el evento dañoso primitivo, se manifiestan con posterioridad a la emisión de la resolución y sin que ésta pudiera tenerlos en cuenta*"⁸⁸⁷. Por ejemplo una dolencia que pudiera surgir tras una intervención errónea, pero que no está manifestada aún, en el momento primigenio de analizarse los daños de aquella intervención. En nuestro caso, un daño sobrevenido podría ser el descubrimiento posterior al respecto de la toxicidad de los implantes utilizados para alterar el aspecto del cliente.

Esta dicotomía de daño en atención al momento de valorarlo - actual vs futuro - ya nos ha llevado a definir otro de los daños que se fijan en el aspecto temporal: los *daños sobrevenidos*, que se oponen a los *daños continuados* porque estos últimos son los que se mantienen durante el transcurso del tiempo, afectando al perjudicado de forma continuada.

⁸⁸⁶ PÉREZ VELÁZQUEZ, Juan Pablo, "3. El daño" en SERRANO FERNÁNDEZ, María, *Tratado Jurisprudencial de Responsabilidad por daños*. Ed. Tirant lo Blanch. 2013. Valencia. Pág. 316.

⁸⁸⁷ YZQUIERDO TOLSADA, Mariano, (2016) *op. cit.* Pág. 181.

iii. Siguiendo con la explicación de YZQUIERDO⁸⁸⁸, que nos ayuda a categorizar los tipos de daños relacionados con el incumplimiento contractual, encontramos los daños *mediatos* y los *inmediatos*. Estos últimos son los que están causalmente conectados con la acción u omisión dañosa, mientras que los *mediatos* son aquellos que proceden de coincidencias más remotas o indirectas, por lo que son de más difícil observancia - o incluso de no observancia - porque es complicado señalar el nexo de causalidad entre estos daños mediatos y las acciones u omisiones que podrían haberlos generado.

Estos daños *mediatos* o *inmediatos* se observan como consecuencia de la actuación, y por ello, (atendiendo a lo que indica el artículo 1107 CC⁸⁸⁹), se analiza la gravedad de la actuación del deudor incumplidor, para graduar la respuesta del deudor por el perjuicio causado. Así será mayor su respuesta frente a dolo - donde se deberá responder de todos los daños y perjuicios -, que si el deudor es incumplidor de buena fe, situación en la que se responderá de los daños y perjuicios que se hubieran podido prever en el momento de constitución de la obligación. Coincidimos con YZQUIERDO en considerar que los daños remotos o mediatos, no serán indemnizables, porque la relación entre el daño y la acción u omisión es inexistente y no podrán imputarse a nadie, mientras que el deudor doloso responderá de todos los daños inmediatos y, si lo es de buena fe, se verá atenuada su responsabilidad, que alcanzará los daños que fueran previsibles en el momento de constituirse la obligación.

Por ejemplo, si volvemos al caso de prótesis tóxicas, en atención al grado mala o buena fe, si el profesional actuó de buena fe porque desconocía la toxicidad de las prótesis implantadas y existía apariencia de seguridad y calidad en el producto, los daños ocasionados por el producto, podrían no ser indemnizables por el profesional, sino que el perjudicado debería acudir al productor, que es el responsable de la toxicidad de su producto, si nadie más que él conocía la misma. Si por el contrario, en el año 2016, es decir, cinco años después de que se retirasen del mercado prótesis de la

⁸⁸⁸ *Cit. Supra.* (2016) Pág. 181.

⁸⁸⁹ Art. 1107 CC "*Los daños y perjuicios de que responde el deudor de buena fe son los previstos o que se hayan podido prever al tiempo de constituirse la obligación y que sean consecuencia necesaria de su falta de cumplimiento.*

En caso de dolo responderá el deudor de todos los que conocidamente se deriven de la falta de cumplimiento de la obligación".

marca PIP por su peligrosidad, algún profesional sigue utilizándolas, su actuación podrá considerarse dolosa, y en su virtud, deberá responder de todos los daños y perjuicios.

iv. Otra de las categorías de daños que resulta especialmente relevante para los daños contractuales son los daños al interés contractual, que también se estudian mediante una dicotomía: *daño al interés contractual positivo vs daño al interés contractual negativo*. Son relevantes en la materia contractual porque con ellos lo que se cuantifica es el valor que tenía el contrato y el perjuicio que causa el incumplimiento de las obligaciones del mismo. El *daño al interés contractual positivo* compara el resultado del incumplimiento contractual con el valor que tenía para el perjudicado el cumplimiento contractual que se pretendía. Es decir, analiza en qué situación se encuentra el perjudicado del incumplimiento y en cual se encontraría si se hubiera cumplido efectivamente con todas las obligaciones. Cuando el perjudicado por incumplimiento exige que se cumpla la obligación, si todavía es posible y además, reclama una indemnización por daños y perjuicios, está decantándose por el daño al interés contractual positivo, por cuanto aún pretende el cumplimiento. Parte de su indemnización será la ejecución forzosa de la obligación, y la otra será el pago por los perjuicios que le haya ocasionado el incumplimiento, hasta que se cumpla efectivamente. Imaginemos en nuestro caso una intervención en la que prácticamente se ha obtenido el resultado pretendido y el perjudicado de la pequeña imperfección lo que busca es la concreta y perfecta ejecución de la obligación, en este caso lo que se pretende es la reparación del *daño al interés contractual positivo*.

Sin embargo, por *daño al interés contractual negativo*, se entiende un daño a la confianza del acreedor, donde lo que se reclama es la restitución al estado anterior a la celebración del contrato, es decir, en vez de forzar el cumplimiento y que se abone solo el perjuicio derivado del incumplimiento hasta el efectivo cumplimiento, se pretenderá que se resuelva el contrato y que se indemnice por todos los conceptos que han generado daños a su persona desde la celebración del contrato hasta el efectivo incumplimiento de las obligaciones del mismo. El interés es negativo, se desvanece el interés en el contrato, "*la indemnización que se pretende cuando su exigencia se acumula a una acción de invalidez (y lo mismo, pienso, si es de rescisión)*" busca

colocar al perjudicado en la situación en la que estaría de no haber contratado inútilmente"⁸⁹⁰.

En los casos de actos médicos de satisfacción con finalidad estética, no descartamos que el perjudicado pueda decantarse por cualquiera de estos dos tipos de daños. Puede forzar el cumplimiento y solicitar la indemnización (que entendemos como *daño en interés contractual positivo*), o bien, fruto de la pérdida de confianza frente al deudor, que además como vimos, para estos casos concretos son deudores seleccionados por sus especiales características y habilidades, por lo que frente a incumplimiento contractual no sería nada extraño entender que cabe que nazca una enorme desconfianza. Puede suceder que el perjudicado pretenda un completo resarcimiento, que le sitúe, en la medida de lo posible, en el momento previo a la celebración del contrato. Esta solución si se ha practicado algún tipo de intervención o actuación médica concreta, puede ser realmente compleja, por lo que se podría solicitar incluso que se indemnizara el pago de otras intervenciones a celebrar - con otros profesionales - para subsanar los daños causados y poder mejorar efectivamente el aspecto del perjudicado.

v. También se considera como propia de la responsabilidad contractual la clasificación de los daños como *daño intrínseco* y *daño extrínseco*. Los primeros, los *intrínsecos* son los relativos a la propia relación obligacional, es decir el daño que supone el incumplimiento contractual en sí mismo, por ejemplo la intervención médica que fue pactada o que ya ha sido abonada y que no se ha llevado a cabo, es un daño intrínseco, pues es del propio incumplimiento contractual. Mientras que los *daños extrínsecos* son los que el incumplimiento contractual ocasiona a otros intereses del acreedor, es un daño que sale del propio contrato y se relaciona con los intereses del acreedor, es decir, incluye cualquier perjuicio que el incumplimiento haya generado. YZQUIERDO señaló como extrínseco el daño que ocasiona el médico que, además de actuar negligentemente en la prestación debida (intrínseco) "*viola además el secreto profesional (...) la esfera de su intimidad personal*"⁸⁹¹.

⁸⁹⁰ YZQUIERDO TOLSADA, Mariano, (2001), *op. cit.* Pág. 147.

⁸⁹¹ YZQUIERDO TOLSADA, Mariano, (2001) *op. cit.* Pág. 148.

Como dijimos, sobre los daños volveremos a tratar en el capítulo siguiente, pues de lo observado hasta ahora ya resulta evidente lo relevante que son, tanto que se entiende que no hay responsabilidad si no hay daño, sea este último de la clase que sea.

c) La relación de causalidad

La relación de causa a efecto que debe existir entre la acción u omisión antijurídica y el daño que se ha producido se conoce como relación de causalidad y, pese a que podría considerarse un aspecto relativamente sencillo de definir y observar, nada más lejos de la realidad.

La relación de causalidad es necesaria para que se de la responsabilidad y suele estudiarse de forma más vinculada a la responsabilidad civil extracontractual, pero consideramos relevante que se observe, por el peso de los contratos en nuestro objeto de estudio, dentro de la responsabilidad contractual, en la que es también un elemento principal de la misma.

En Derecho, la causalidad no siempre sigue las reglas de la lógica, pues los operadores jurídicos analizamos la causalidad jurídica, que ha dado lugar a múltiples corrientes de pensamiento y muchas formas de establecer la relación entre la conducta y el daño, pero que, para el caso que nos ocupa, reducimos a las posturas más actuales en las que, tal y como señala la doctrina, se analiza la conducta como posibilitadora del resultado lesivo y además se analizan otras circunstancias - como la observancia o inobservancia de normas imperativas en la acción u omisión que produjo el daño - para poder establecer la causalidad.

En el caso de las relaciones contractuales, la causa del daño, además, de la acción u omisión del causante, estará también estrechamente vinculada a la preexistencia de una relación contractual entre las partes. Sin embargo, no siempre podrá decirse que la relación de causalidad es la previa existencia del contrato, pues puede suceder que el daño que se provoque al perjudicado surja pese al cumplimiento de todas las obligaciones del contrato, o que el incumplimiento contractual no sea la causa de todos los daños que se ocasionen al acreedor del contrato.

En las últimas décadas, en muchas ocasiones, como hemos visto al hablar de otros regímenes de responsabilidad civil, se ha prescindido de la causalidad y se ha tendido hacia posturas más objetivas, donde se abandona la idea subjetiva de culpa y se relaciona directamente el daño con una actuación y, se cuantifica e indemniza. Sin embargo, vimos también como pese a lo extendidas que estuvieron las posturas partidarias de la responsabilidad objetiva en los actos médicos de satisfacción, la tendencia actual es la vuelta a la causalidad y a la imputación subjetiva de los daños, motivo por el que observar si existe relación de causalidad entre el daño y el acto será cada vez más necesario. Y, no podemos olvidar que será tarea del perjudicado probar esa relación de causalidad.

Veremos en el apartado siguiente (2.6) que los elementos de exoneración para el posible responsable del daño inciden en múltiples ocasiones en la ruptura de la relación de causalidad.

d) Factores de atribución de la responsabilidad

Fruto de que, como hemos mencionado, la responsabilidad objetiva está limitándose cada vez más, el peso de los factores de atribución de la responsabilidad es cada vez más relevante, pues en la responsabilidad objetiva, normalmente el criterio de imputación de la responsabilidad también es objetivo, como por ejemplo el hecho de generar un riesgo o comercializar un producto que no cumple con la seguridad que del mismo cabría esperar, tal y como vimos que sucedía en el caso de los daños causados por productos defectuosos. Sin embargo, cuando estamos frente a una responsabilidad subjetiva, se suelen aplicar factores de atribución de la responsabilidad que también analizan la conducta subjetiva.

En el caso de las intervenciones de actos médicos de satisfacción con finalidad estética, estamos frente a actuaciones con base en una relación contractual, que además conlleva una obligación de hacer personal, por lo que los factores de atribución son relevantes. Analizamos en el presente apartado exclusivamente los factores de atribución de la responsabilidad que vinculan a los sujetos con sus propios actos,

obviando los factores de atribución de la responsabilidad por los actos ajenos⁸⁹². Nos centraremos en los daños ocasionados por el profesional en su intervención.

Los factores de atribución de la responsabilidad que aparecen recogidos en el CC son la culpa y el dolo que están expresamente definidos dentro del marco del incumplimiento contractual, aunque tradicionalmente se han vinculado más a la responsabilidad extracontractual, donde también aparecen expresamente referidos.

La culpa o negligencia se define negativamente, como negación de diligencia en el artículo 1104 CC. En palabras de BADOSA COLL, la diligencia hace referencia a *algo que hay que poner* para que la actividad debida llegue a existir⁸⁹³, por lo que también se puede referir la diligencia como *"predisposición psicológica, tensión de la voluntad, esfuerzo, atención, cuidado, etc., en orden a la conservación o promoción de los intereses ajenos del acreedor"*⁸⁹⁴.

Se observa en el artículo 1104 CC, como cohabitan en la definición de negligencia dos situaciones, que se omita la diligencia que se precise para cumplir con la obligación o, que si no se ha señalado cuál sería la diligencia que precisaría la obligación, se omitiera la diligencia del buen padre de familia. Mientras que la diligencia que se precise para cumplir la obligación deberá ser determinada caso por caso, al observar en qué consistía exactamente la obligación del deudor, la diligencia de un buen padre de familia, es uno de los conceptos jurídicos indeterminados que da más pie a complejas discusiones doctrinales y, en los casos concretos, a una confusión realmente exasperante para el perjudicado. Así que el artículo 1104 CC no nos da un sistema sencillo para conocer cuál es la diligencia exigible al caso concreto en caso de falta de determinación por las partes afectadas. Dado que tampoco es que siempre sea clara la diligencia que exige la propia obligación contractual.

Sin embargo, en la práctica, el análisis de la efectiva diligencia del deudor, o negligencia del causante del daño, especialmente ante casos de responsabilidad sanitaria, la realiza el propio tribunal que analiza la actuación del mismo, aunque el damnificado deba alegar los elementos que le llevan a exponer que se entiende por la

⁸⁹² Que son tratados con mucha profundidad en múltiples obras, de entre las que destacamos la de YZQUIERDO TOLSADA de 2016, en su capítulo VIII, por ser extensa y a la vez, muy actualizada.

⁸⁹³ BADOSA COLL, Ferrán, La diligencia y la culpa del deudor en la obligación civil. Ed. Publicaciones del Real Colegio de España. 1987. Bolonia. Pág. 33.

⁸⁹⁴ *Cit. Supra*. Pág. 33.

actuación negligente del profesional. Esto sucede, en parte, tal y como señala YZQUIERDO, por la teoría de la *mejor posición probatoria*⁸⁹⁵, que hace que, ante casos de enorme dificultad probatoria para el perjudicado, se desplace la carga de la prueba al presunto causante del daño, que deberá probar su actuación diligente y, si no puede hacerlo, se considerará que no existió tal diligencia.

En gran medida, la inversión de la carga probatoria se ha venido sucediendo en algunos casos de responsabilidad médica en atención a la literalidad del artículo 217 LEC⁸⁹⁶, que constituye un régimen en virtud del cual "*corresponde al actor (...) la carga de probar la certeza de los hechos (...)*" (apartado 2º) pero que, sin embargo, para casos especiales prevé: "*(...) el tribunal deberá tener presente la disponibilidad y facilidad probatoria que corresponde a cada una de las partes del litigio*" (apartado 7º). Lo que ha venido posibilitando que se alegue en multitud de ocasiones que, ante casos de daños derivados de intervenciones médicas, el profesional médico tiene una mayor facilidad probatoria para demostrar que sí actuó de forma diligente, que la que tiene el perjudicado para imputar negligencia a la actuación del profesional.

Ciertamente, la doctrina ha llegado a hablar de una *prueba diabólica*, aquella que haría que fuera necesario que un perjudicado probase que los daños que padece, se derivan de cierta actuación negligente del profesional, cuando de por sí resulta para él extremadamente complejo saber en qué ocasiones el profesional estaría actuando de forma diligente. Sin embargo, consideramos necesario advertir que, el damnificado debe ocuparse de probar hasta donde alcancen sus posibilidades la negligencia o culpa del deudor profesional médico. La estimación de esta excepción a su carga probatoria, la realizará el tribunal, siempre en atención a los elementos concretos del caso y no podemos decir que se produzca de forma automática, ni mucho menos, esta inversión de la carga probatoria, al menos en esta segunda década del siglo XXI, donde como hemos visto existen tendencias jurisprudenciales que tienen a los esquemas culpabilísticos más tradicionales.

⁸⁹⁵ YZQUIERDO TOLSADA, Mariano, (2016), *op. cit.* Pág. 264 y ss.

⁸⁹⁶ Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil. Publicada en el BOE núm. 7 de 8 de enero de 2000 (versión consolidada de octubre de 2015).

Otra de las estructuras jurídicas que funcionan como excepción a la prueba de la negligencia del profesional médico es la teoría del *daño desproporcionado*, que será analizada seguidamente⁸⁹⁷.

Según YZQUIERDO, "*para que en una conducta pueda hablarse de culpa o negligencia es necesario que el agente sea subjetivamente imputable, o lo que es lo mismo, que tenga voluntad libre y capacidad de entender y querer*"⁸⁹⁸ aspecto que consideramos que, como estamos frente a actos realizados por profesionales, puede presumirse que siempre sucede en nuestro objeto de estudio.

Al respecto del dolo, en el caso de la responsabilidad civil contractual el mismo se manifiesta por el incumplimiento contractual del deudor de la obligación, siempre y cuando el deudor incumpla voluntariamente el contrato, o no quiera cumplir. En los casos de responsabilidad civil derivada de acto médico de satisfacción, será doloso el incumplimiento que suponga una no intervención, en contra de lo acordado, es decir, no realizar la práctica médica que se concertó, y también será una actuación dolosa la que se centre en realizar a sabiendas una intervención que no sea la que se acordó realizar, motivado el incumplimiento por la causa que sea que el incumplidor tenga, como por ejemplo que considere que le va mejor no cumplir la obligación, o hacerlo más tarde.

Como vemos, el dolo contractual no se centra tanto en la intencionalidad dañosa que caracteriza al dolo extracontractual o al de la responsabilidad criminal *ex delicto*⁸⁹⁹. Sin embargo, el resultado de actuar de forma culposa o dolosa en caso de responsabilidad civil contractual será distinto, como vimos al analizar el artículo 1107 CC, pues el médico que causó un daño por negligencia en el cumplimiento (o mejor, en el incumplimiento) de sus obligaciones contractuales responderá, si actuó de buena fe, de los daños y perjuicios previstos o que se pudieren prever en el momento de celebrar el contrato, mientras que si causó daño mediante dolo, se deberá responsabilizar de todos los daños y perjuicios que "*conocidamente se deriven de la falta de cumplimiento de la obligación*".

⁸⁹⁷ Vid. Apartado 5.2 del presente capítulo.

⁸⁹⁸ YZQUIERDO TOLSADA, Mariano (2016), *op. cit.* Pág. 269.

⁸⁹⁹ Cit. *Supra*. Pág. 256.

Así, pese a que parece que en la responsabilidad contractual no se tiene en consideración la voluntad de dañar del actor doloso, sí que se castiga su actuación de forma más intensa que si fuera una actuación culposa.

2.6. Causas de exoneración de la responsabilidad para el incumplidor de la obligación

Existen ciertas causas que hacen que el incumplimiento contractual no genere responsabilidad al deudor de la obligación y que, en algunos casos también pueden servir como causas de exoneración de la responsabilidad extracontractual para el que daña al perjudicado.

Así, en el presente apartado se analizan las causas de exoneración, desde el punto de vista de la relación contractual existente entre el médico y el cliente, pero se indicará en qué casos podrá servir para situaciones en las que no estemos ante una responsabilidad contractual. Nos parece fundamental reseñar que las siguientes causas son motivos mediante los cuales, el deudor contractual podrá exonerar su incumplimiento, especialmente rompiendo la relación de causalidad entre la acción antijurídica (el incumplimiento) y el perjuicio que el mismo genere en el acreedor.

La existencia de estos supuestos hará que, en algunos casos, la obligación contractual se extinga sin comprometerle a nada y, en el menor de los supuestos, que no se le puedan reclamar los perjuicios vinculados a su incumplimiento, aunque sobreviva la obligación, que podrá ser cumplida posteriormente.

Consideramos oportuno que se estudien las mismas de forma conjunta en el presente apartado pues constituyen todas ellas alegaciones que el deudor incumplidor o el causante de un daño extracontractual podrá alegar con el objetivo de eludir el resarcimiento del daño causado, según los casos.

a) El caso fortuito y la fuerza mayor

El binomio "*caso fortuito y fuerza mayor*" se suele estudiar de forma conjunta y, se entienden estas figuras, - antes de entrar en la más detallada y precisa definición y

diferenciación de las figuras concretas -, como motivos de exoneración de la responsabilidad por el incumplimiento del deudor, o de excusa de su incumplimiento o retraso en el cumplimiento, según el caso, cuando los mismos se deban a "*acontecimientos o sucesos fortuitos*"⁹⁰⁰ o "*acontecer ajeno a la voluntad de aquél [el deudor], que desvía o al menos influye en el curso causal desatado por el acto originario*"⁹⁰¹. Son dos conceptos que definen una situación ajena a la voluntad del obligado al cumplimiento de la prestación, y, que afectan a su vinculación contractual en la forma que seguidamente analizamos y "*donde solo en algún supuesto concreto puede decirse que produzcan efectos diferentes*"⁹⁰².

En ocasiones pueden conllevar la imposibilidad absoluta de cumplimiento y se extinguirá la obligación, mientras que en otras ocasiones "*el evento impeditivo actuará de forma transitoria, retardando el cumplimiento de la obligación y eximiendo de la indemnización por mora*"⁹⁰³, es decir, que puede que sean motivos absolutos de incumplimiento o sucesos que solo supondrán un retraso justificado del cumplimiento, que no podrá ser caracterizado como mora del deudor.

La doctrina consultada coincide en señalar que el artículo 1105 CC hace una alusión indirecta al caso fortuito y a la fuerza mayor cuando dice "*fuera de los casos expresamente mencionados en la ley, y de los que así lo declare la obligación, nadie responderá de aquellos sucesos que no hubieran podido preverse, o que, previstos, fueran inevitables*"⁹⁰⁴.

Según CASTILLA BAREA, esta exoneración del artículo 1105 CC va dirigida a la indemnización y no al cumplimiento de la obligación pues:

"(...) *el citado art. 1105 C.c. no establece en ninguna parte que el deudor cuya prestación se vea afectada por un acontecimiento fortuito deje de estar obligado a realizarla si aún es posible, sino que su efecto exoneratorio se dirige a eliminar la posibilidad de que el acreedor reclame al deudor una eventual indemnización por los daños y perjuicios que le haya ocasionado el acontecimiento fortuito*"⁹⁰⁵.

⁹⁰⁰ CASTILLA BAREA, Margarita, *op. cit.* Pág. 57.

⁹⁰¹ YZQUIERDO TOLSADA, Mariano (2001), *op. cit.* Pág. 197.

⁹⁰² MEDINA ALCOZ, María, *La culpa de la víctima en la producción del daño extracontractual*. Ed. Dykinson. 2003. Madrid. Pág. 92.

⁹⁰³ YZQUIERDO TOLSADA, Mariano (2001), *op. cit.* Pág. 197.

⁹⁰⁴ Subrayado del fragmento propio.

⁹⁰⁵ CASTILLA BAREA, Margarita, *op. cit.* Pág. 58.

Estos acontecimientos excusaran al deudor para un momento concreto, y harán que no surja responsabilidad por su tardanza en cumplir o su incumplimiento, pero no extinguen la obligación. Y es que el acontecimiento sobrevenido puede actuar de muchas formas distintas y, en los casos más graves, se suele unir a la imposibilidad sobrevenida de cumplimiento, pero en otras muchas ocasiones, lo que en realidad genera es una imposibilidad de cumplir exactamente como se había fijado contractualmente, pero puede que sí pueda cumplirse cuando se restablezca la normalidad tras el evento imprevisto.

Los conceptos de *caso fortuito* y *fuerza mayor*, aparecen referidos en multitud de ocasiones en el CC⁹⁰⁶, pero parece que solo son parcialmente definidos en el artículo 1105 CC, del que se derivan dos características: la imprevisibilidad y la inevitabilidad, sin que quede muy claro - más bien nada claro - qué característica corresponde a qué figura. La distinción entre fuerza mayor y caso fortuito ha generado un enorme debate doctrinal que excede con creces nuestro objeto de estudio⁹⁰⁷, pues lo que a nosotros nos interesa es poder estudiar el alcance de estas figuras como causas de exoneración de la responsabilidad y ver si extinguen o no la obligación del deudor (o en qué casos sí y en qué otros no). Sin embargo, debemos apuntar que se suele decir que la fuerza mayor es una situación que aúna la imprevisibilidad con la inevitabilidad, es decir, es algo imprevisible e inevitable (un terremoto, una epidemia producida por una enfermedad infecciosa) mientras que el caso fortuito es algo imprevisible pero que un sujeto podría haber tenido en cuenta en parte porque no es algo extremadamente extraño o, incluso es algo hasta normal: como una inundación producida por la crecida de un río, especialmente en los municipios que el río atraviesa⁹⁰⁸.

Así, coincidimos con los autores que consideran que la fuerza mayor la representan las situaciones imprevisibles e inevitables y ciertamente externas a la actividad del obligado, para el caso de los actos médicos de satisfacción podría ser un caso de *fuerza mayor* la imposibilidad de celebrar la intervención estética contratada por

⁹⁰⁶ Concretamente el CC alude al "caso fortuito" en los artículos 1129, 1136, 1183, 1488, 1602, 1625, 1744, 1745, 1891 y 1896, y a la "fuerza mayor" en los artículos 457, 1602, 1625, 1777, 1784, 1905 y 1908.

⁹⁰⁷ Pero dejamos apuntados los trabajos de los profesores YZQUIERDO TOLSADA (2001) *op. cit.* Págs. 196 y siguientes; CASTILLA BAREA, *op. cit.* Págs. 67 y ss. Y MEDINA ALCOZ, María, *op. cit.* Págs.91 y ss.

⁹⁰⁸ Siendo, como señala MEDINA ALCOZ, exoneradora la *fuerza mayor*. MEDINA ALCOZ, María, *op. cit.* Pág. 93.

el derrumbe del techo del quirófano que se había contratado para la operación, mientras que un ejemplo de *caso fortuito*, para la misma intervención, podría ser el que se produjera cuando la operación no pudiera ser llevada a cabo debido al cierre forzoso en las instalaciones seleccionadas para la operación, al no haber superado los controles de calidad que las autoridades sanitarias realizan de forma periódica a los centros y clínicas sanitarias. Sería esta última, como señala YZQUIERDO analizando la obra de VON THUR, una situación (o unas situaciones) que "*se confía en que no sucedan*"⁹⁰⁹.

Sea como fuere, lo que a nosotros nos ocupa es que, tal y como señala CASTILLA BAREA, "*acontecimiento fortuito y culpa del deudor son conceptos incompatibles entre sí por su propia naturaleza*"⁹¹⁰. No podremos culpar al deudor de la obligación por el incumplimiento que se derive de fuerza mayor o caso fortuito, pero debemos recordar lo ya expuesto, en el sentido de alertar sobre que lo incompatible es la indemnización por daños y perjuicios que genere el acontecimiento fortuito, tanto si es por fuerza mayor como por caso fortuito. No obstante, no consideramos que se extinga en todo caso la obligación existente, sino solo en aquellos casos en que el acontecimiento inevitable e imprevisible, además, conlleve una imposibilidad sobrevenida de cumplimiento de la obligación del deudor.

Por ejemplo, si retomamos el ejemplo de la epidemia por enfermedad infecciosa que expusimos para hablar de la fuerza mayor, si fruto de la misma el profesional contratado o el cliente de la intervención - o ambos - fallecen, la prestación obligada también morirá. Pero si por el contrario nos fijamos en el caso fortuito en el que cerraban el quirófano por cuestiones de seguridad y calidad sanitaria, la obligación contraída sigue siendo posible, siempre que se celebre en otro lugar la intervención, motivo por el que consideramos que no se extinguirá la prestación debida, pero tampoco podrá el deudor incurrir en mora por el retraso en el cumplimiento, en la medida en que el mismo esté provocado por ese cierre imprevisto del quirófano acordado, o de la clínica deseada (si por ejemplo se seleccionó por la cercanía con el domicilio de la persona a intervenir).

⁹⁰⁹ YZQUIERDO TOLSADA, Mariano (2016), *op. cit.* Pág. 225.

⁹¹⁰ CASTILLA BAREA, Margarita, *op. cit.* Pág. 74.

b) La culpa de la víctima o la falta de cooperación del acreedor

Se conoce comúnmente como *culpa de la víctima*, aquellas situaciones en las que el perjuicio o daño proviene, en todo o en parte, de la acción u omisión del propio perjudicado⁹¹¹. Esta figura se conoce así dentro del ámbito de la responsabilidad extracontractual, donde existen múltiples situaciones en las que se utiliza para ponderar el daño que se causó mediante culpa o negligencia, cuando hay una concurrencia de negligencias. Por ejemplo, dentro del ámbito sanitario (extracontractual), surgirá cuando el médico de urgencias prescribe un fármaco al paciente sin saber que el mismo es alérgico a ese principio activo, pese a habérselo preguntado, por la negligencia del perjudicado de no advertir que es alérgico a algunos fármacos o, más concretamente a ese mismo fármaco.

Sin embargo, dentro del ámbito contractual en el que nos movemos, esta *culpa de la víctima* se conoce como *falta de cooperación del acreedor* y se da cuando el deudor precisa de cierto nivel de cooperación por parte del acreedor y, pese a estar dispuesto a cumplir con su obligación, el acreedor no coopera para que ello suceda. Esto puede llegar a considerarse, siguiendo los esquemas de MEDINA ALCOZ, un *efecto exonerador* para el deudor de la prestación, pues "*cuando la culpa exclusiva de la víctima se erige en única causa adecuada del daño se convierte en una circunstancia exoneradora de la responsabilidad del supuesto agente dañoso, ya que rompe el nexo causal entre el comportamiento de éste y el resultado producido*"⁹¹².

En los actos médicos de satisfacción con finalidad estética, la necesaria cooperación del acreedor se manifiesta de muchas y muy diversas formas, pues como estamos ante obligaciones de hacer que se desarrollan en el propio cuerpo del acreedor, parece lógico que el interesado deba cooperar siempre. Por ejemplo, acudiendo a la cita médica acordada con el profesional para que se desarrolle la actividad médica, pero también, permitiendo al profesional la efectiva realización de la intervención en el propio cuerpo en la medida que la intervención lo requiera, o también llevando con rigor las pautas pre y post operatorias. En algunos casos, la falta de cooperación del acreedor podrá significar la exoneración del deudor por los daños (o por el

⁹¹¹ MEDINA ALCOZ establece: "*la víctima, aunque solo sea por su presencia en el evento dañoso, siempre colabora físicamente en la causación del daño que sufre*". Vid. MEDINA ALCOZ, María, *La culpa de la víctima... op. cit.* Pág. 123.

⁹¹² *Cit. Supra.* Pág. 140.

incumplimiento contractual) por ejemplo cuando el acreedor no se presente en el lugar y fecha indicados para la realización de la actividad médica contratada, o que no permita que el profesional actúe sobre su cuerpo, pero ello siempre no será así, pues si la falta de cooperación no es la causa exclusiva del daño, cada agente causante de daño será responsable de su cuota de culpa o, lo que es lo mismo, existirá una concurrencia de culpas⁹¹³.

Estos ejemplos de falta de cooperación de acreedor, conducen a situaciones en las que "*el deudor no se pueda encontrar en las condiciones necesarias para acometer el cumplimiento de sus deberes*"⁹¹⁴ motivo por el cual no podrá imputarse a él el retraso en el cumplimiento o los perjuicios vinculados al incumplimiento. Además, también puede suceder que el acreedor con su conducta agrave un daño. Por ejemplo, en cuestiones de desajuste de resultado muy sutiles, cuando el mismo ha sido prometido, la conducta del acreedor puede ser causante de mayores perjuicios. Es el caso de la no observancia de las reglas del postoperatorio, que pueden comprometer el resultado ya obtenido o prácticamente obtenido⁹¹⁵.

La doctrina consultada habla de la *mora credendi* que es la opuesta a la mora del deudor, y se mencionan una serie de situaciones que la propician⁹¹⁶:

- En primer lugar, el deudor debe querer cumplir con su obligación y debe ser el acreedor con sus actuaciones (activas o pasivas) el que impida que ese incumplimiento se lleve a cabo, por ejemplo, al no acudir a las citas con el profesional médico que debe realizar la sesión de inyección de toxina botulínica (o Bótox®).

- La falta de cooperación del acreedor no puede estar justificada, atendiendo a lo que el artículo 1185 CC establece *in fine*: "*(...) a menos que, ofrecida la cosa al que la*

⁹¹³ Por ejemplo si se dan, de forma simultánea una falta de cooperación del acreedor y una mala praxis médica, consideramos que la culpa de la víctima solo exonerará al deudor en la parte en que sea relevante para el daño final producido, mientras que el profesional deberá responder por los daños vinculados a su culpa en la mala praxis. Esto es lo que se conoce como *efecto reductor de la culpa concurrente de la víctima*. Vid. MEDINA ALCOZ, María, *op. cit.* Págs. 191 y ss.

⁹¹⁴ YZQUIERDO TOLSADA, Mariano (2001), *op. cit.* Pág. 212.

⁹¹⁵ Es especialmente común el caso de las rinoplastias, por cuanto el postoperatorio en muchas ocasiones incluye el uso más o menos prolongado (unos días o semanas) de una férula nasal para promover que el tabique intervenido se fije adecuadamente y, no observar esta pauta puede comprometer significativamente el resultado de la intervención (pérdida de simetría, desviaciones de tabique,...).

⁹¹⁶ Y que se exponen siguiendo la exposición realizada por YZQUIERDO TOLSADA, Mariano, (2001), *op. cit.* Pág. 213.

debía recibir, éste se hubiese sin razón negado a aceptarla". Si es así, es decir, si la falta de cooperación no está justificada, se incurre en *mora credendi*.

- La doctrina señala que no es necesaria la culpa del acreedor para que se dé la situación de mora del acreedor o falta de cooperación del acreedor.

- Y finalmente, también se considera que, a diferencia de lo que sucede con la mora del deudor, no se precisa interpelación para que surja. Es decir, que si el deudor ha querido cumplir y se daban todas las circunstancias para que se cumpliera efectivamente la prestación, pero el acreedor sin causa justificada no coopera en el cumplimiento, se puede considerar que el mismo pasa a una situación de *mora credendi*, sin necesidad de que el deudor expresamente le reclame que acepte su voluntad de cumplir.

El incumplimiento que se cause por la mora del acreedor o falta de cooperación del acreedor o, también, cuando el acreedor se causa un daño o un desajuste de resultado por inobservancia de las actuaciones previstas como necesarias para el cumplimiento del contrato, provoca la compensación de las moras. Es decir, el deudor no incurre en mora cuando su incumplimiento se produce en *mora credendi*. Por este motivo consideramos que el deudor podrá exonerarse de cualquier responsabilidad vinculada al incumplimiento que se interponga contra él, aunque no quedará extinguida la obligación, que se deberá cumplir. Tal y como señala (en sede de responsabilidad extracontractual) MEDINA ALCOZ, cuando expone que "*el hecho causal de la víctima en la producción de su daño constituye siempre una circunstancia (total o parcialmente) exoneradora de la responsabilidad civil extracontractual del agente dañoso, con independencia de cuál sea la actividad desarrollada por éste*"⁹¹⁷.

Nos resulta relativamente sencillo trasladar el argumento de la profesora MEDINA ALCOZ, que compartimos, al ámbito de la responsabilidad contractual, cuando, como hemos referido, el deudor de la obligación contractual podrá exonerarse de cualquier responsabilidad vinculada al incumplimiento contractual, cuando concurra culpa del perjudicado (acreedor que no permite el cumplimiento).

Si bien se entiende que el deudor puede desvincularse de la obligación, por los gravámenes que le puede generar tenerla. El CC prevé en su artículo 1176 que el deudor

⁹¹⁷ MEDINA ALCOZ, María, *La Culpa de la víctima en la producción del daño extracontractual*. Ed. Dykinson. 2012. Libro electrónico. Pág. 357.

consigne la cosa debida, cuestión que, en las obligaciones de hacer, nos parece bastante complejo. Pero existe una salida para el deudor, como estamos ante un contrato sinalagmático, el deudor podrá acudir al artículo 1124 CC para resolverlo que será especialmente sencillo cuando el acreedor que obstruye su cumplimiento tampoco ha cumplido él mismo con su obligación.

2.7. Efectos del incumplimiento contractual. La responsabilidad del médico

Sin perjuicio de lo que se analizará en el próximo capítulo al respecto de la valoración y la cuantificación de los daños, hemos considerado oportuno estudiar, en el presente epígrafe, los efectos que el incumplimiento contractual tiene en las partes del contrato y las formas en las que el acreedor puede conseguir que se le restaure el daño que el mismo incumplimiento puede generarle.

El presente apartado tiene como subtítulo "*la responsabilidad del médico*", y ello se debe a que generalmente se identifica el incumplimiento contractual como responsabilidad cuando el sujeto incumplidor es el profesional⁹¹⁸. Sin embargo, no todos los incumplimientos generan responsabilidad, como vimos justo en el apartado anterior, y por supuesto, manejándonos en contratos bilaterales es absurdo considerar que sólo el profesional podrá incumplirlos. Lo que sucede es que, en las relaciones contractuales sinalagmáticas, la obligación especial es la que recae sobre el profesional médico, que se obliga a hacer una actuación o intervención propia de su especialidad para alterar la apariencia de su cliente, algo que, ciertamente, es bastante más especial que la obligación recíproca que recae sobre el cliente: pagar el precio. Por ello siempre nos fijamos en la obligación del profesional y en su incumplimiento, pero, debemos indicar que lógicamente el cliente también podrá generar daños a su acreedor por el impago del precio, es decir, por su incumplimiento contractual.

El acreedor insatisfecho, sea quien sea, podrá acudir a las soluciones que se exponen a continuación, pues son los efectos del incumplimiento contractual.

⁹¹⁸ Y debemos admitir que somos los primeros que caemos, desafortunadamente en esa generalización, pero que queremos subsanar en la medida de lo posible.

2.7.1. Cumplimiento *in natura* o *en especie*, cumplimiento por equivalente y ejecución forzosa

Lo primero que sucede cuando una de las partes del contrato incumple con su obligación es que, surge para la contraparte, por estar afectada por ese incumplimiento, una acción que persigue que lo contratado pase a cumplirse. Por ejemplo, en el Código Civil, observamos esa voluntad de que la obligación se extinga por el cumplimiento, una vez ya se ha incumplido, en la literalidad del artículo 1096 CC, que establece: "*cuando lo que deba entregarse sea una cosa determinada, el acreedor, independientemente del derecho que le otorga el artículo 1101, puede compeler al deudor a que realice la entrega. (...)*" y en el artículo 1098 CC que establece, para las obligaciones de hacer que "*si el obligado a hacer una cosa no la hiciere, se mandará ejecutar a su costa (...)*".

La doctrina ante esta situación en la que se compele al deudor para que cumpla con la obligación principal, habla de dos tipos de cumplimiento según si se cumple exactamente lo pactado - cumplimiento *in natura* o *en especie*⁹¹⁹ -, o si se cumple mediante equivalente, ante la imposibilidad de cumplir exactamente con las particularidades de la obligación - cumplimiento por equivalente o *aestimatio rei* -.

Y estas dos (o tres) formas de cumplir se engloban en lo que se conoce como ejecución forzosa de la obligación⁹²⁰, y tal y como señala ABELLA RUBIO "*solo cuando ello no sea posible entra en juego el resarcimiento del daño*"⁹²¹. Consideramos que ante un incumplimiento, la acción para que se cumpla, tanto si es *in natura* o *especie*, como si se pretende el cumplimiento por equivalente, configura o da lugar a una situación en la que se está ejecutando de manera forzosa la obligación que constriñe al deudor contractual, aunque en el segundo caso, primero se transforme, la obligación originaria en una equivalente.

⁹¹⁹ Este cumplimiento *in natura* o *en especie*, hace alusión a su vez, a dos formas de reparación: la *restitución in natura*, y la *reparación en especie o específica*.

⁹²⁰ Aunque para YZQUIERDO (y otros), la ejecución forzosa se relaciona solo con el cumplimiento *in natura*, mientras que para el cumplimiento por equivalente se habla de ejecución por equivalente. Por ejemplo así sucede en YZQUIERDO TOLSADA, Mariano, (2001) *op. cit.* Pág. 119 cuando literalmente dice: "*Pero, tanto en el caso del cumplimiento forzoso como en el de cumplimiento equivalente (...)*".

⁹²¹ ABELLA RUBIO, José M^a, "VII. Efectos del Incumplimiento" en O'CALLAGHAN MUÑOZ, Xavier, (coord.), *Cumplimiento e Incumplimiento del Contrato*. Ed. Editorial Universitaria Ramón Areces. 2012. Madrid. Pág. 361.

Señalaba YZQUIERDO en el año 2001 que "*cuando existe un incumplimiento contractual, puede suceder en primer lugar que todavía no nos encontremos ante un caso de imposibilidad definitiva*"⁹²² y será en esos casos en los que quepa que se dé el cumplimiento *in natura*, es decir, en los que quepa que se produzca la ejecución forzosa y que el deudor consiga cumplir la prestación para extinguir la relación obligacional.

En los actos médicos con finalidad estética, este cumplimiento *in natura* sucede muchas veces, incluso en situaciones en las que los jueces y tribunales no considerarían que estamos frente a obligaciones de resultado. Como veremos con más detenimiento en el Capítulo siguiente⁹²³, es común y muy frecuente que los profesionales sanitarios, tras una primera intervención que no haya obtenido la mejoría en la apariencia del cliente que era realmente perseguida, repitan la actuación o realicen otra intervención (o varias pequeñas intervenciones de ajuste), para cumplir exactamente con la obligación contractual, algo que en nuestra opinión es una *reparación específica*⁹²⁴.

Esta reparación específica sucede en muchas intervenciones, especialmente con las quirúrgicas que perseguían un enorme cambio (y se quedan algo cortas o se exceden), pero también con otras actuaciones médicas no quirúrgicas como la depilación definitiva con láser médico. En este caso, por poner un ejemplo, es frecuente que se establece contractualmente un número de sesiones que se estiman necesarias para lograr que una zona del cuerpo del acreedor deje de tener vello. Pues bien, si tras esas la realización de todas las sesiones celebradas, el vello no ha desaparecido del todo surgen las dudas ¿estamos ante un incumplimiento contractual? Pese a que si consideramos que debe prometerse un resultado para que sea exigible el mismo podríamos entender que frente al ejemplo expuesto no hay incumplimiento, pues las sesiones celebradas se han llevado ya a cabo. Lo cierto es que los profesionales suelen ofrecer sesiones extras o "de refuerzo" que, en nuestra opinión, no son más que un ejemplo de cumplimiento *in natura*, concretamente de reparación específica.

⁹²² YZQUIERDO TOLSADA, Mariano, (2001), *op. cit.* Pág. 119.

⁹²³ *Vid.* Capítulo V, apartado 2.1.

⁹²⁴ La reparación específica o en especie, es la forma de reparar lo relativo al incumplimiento, de igual modo que la restitución *in natura* es la práctica mediante la cual se le devuelve al perjudicado a la situación previa. Consideramos que en los casos de actos médicos de satisfacción lo que se da es una reparación específica, es decir, volver a intentar la actuación contratada o hacer otra, con el objetivo de que el resultado se obtenga, pues como el objeto del contrato son intervenciones activas sobre el cuerpo, no será muy frecuente que pueda volverse a la situación anterior (restituir) al perjudicado. La restitución encaja más con traslaciones de dominio, pero en este caso estamos analizando obligaciones de hacer que alteran el cuerpo de la persona que la recibe.

Sin embargo, el ejemplo más evidente de la ejecución forzosa cuando la prestación sigue siendo posible es la que finalizaría con la realización de la intervención contratada que sigue siendo posible y que no fue celebrada por incumplimiento del deudor, la Ley de Enjuiciamiento Civil exige, en su artículo 517 un título ejecutivo para la acción de ejecución y señala los que considera válidos para este tipo de ejecución: la sentencia de condena firme, los laudos arbitrales, acuerdos de mediación elevados a escritura pública, las escrituras públicas, las pólizas de contratos mercantiles y los títulos al portador o nominativos que hubieran sido legítimamente emitidos.

Para las obligaciones de hacer personalísimas, ABELLA RUBIO considera que "*no es posible la ejecución in natura*"⁹²⁵ pues parte de la premisa que si el deudor no ha cumplido y se seleccionó al mismo atendiendo a sus habilidades y aptitudes, no podrá obligarse al acreedor a que acepte el cumplimiento de la prestación realizado por un tercero, sin embargo, personalmente considero que en caso de incumplimiento en las obligaciones personalísimas, cabe el cumplimiento *in natura* pero será más vinculado a la *reparación específica* que a la restitución *in natura*, aún cuando la reparación la realice el propio deudor incumplidor, como sucedía en los ejemplos expuestos anteriormente.

Claro está por contra, y a ello no nos oponemos, que si tal y como expone ABELLA RUBIO el deudor no pretende cumplir y sus habilidades fueron lo que motivaron al acreedor a contratar con él, el deudor no podrá solventar su incumplimiento haciendo que un tercero cumpla por él, pues sí que vemos aplicable la literalidad del artículo 1161 CC "*en las obligaciones de hacer el acreedor no podrá ser compelido a recibir la prestación o servicio de un tercero, cuando la calidad y circunstancias de la persona del deudor se hubiesen tenido en cuenta al establecer la obligación*".

En los casos en los que el cumplimiento no es posible⁹²⁶, se puede solicitar el cumplimiento por equivalente, en el que, el acreedor pide el equivalente pecuniario de la prestación original.

⁹²⁵ ABELLA RUBIO, José M^a, *op. cit.* Pág. 362.

⁹²⁶ Como por ejemplo por incumplimiento del deudor personalísimo que no quiere cumplir *in natura*, o por pérdida de interés para el acreedor, hablando de las posibles situaciones ya analizadas a lo largo del capítulo.

Según YZQUIERDO "no se trata de una nueva obligación, sino de la transformación del objeto de la primitivamente asumida. No es que ésta se extinga y nazca otra nueva, sino que la primera se perpetúa, como lo demuestra con claridad meridiana el art. 1182 C.civ., que sólo proclama la extinción de la obligación cuando la prestación se hace imposible por causas no imputables al deudor ("*perpetuatio obligationis*")"⁹²⁷. Coincidimos con el autor, en la idea de que no surge una nueva obligación, sino que fruto de la imposibilidad de cumplir con la obligación, la misma se transforma en un monto que es el equivalente mediante el cual puede resarcirse el interés del acreedor.

El objetivo de la ejecución forzosa *in natura* y de la ejecución por equivalente⁹²⁸ es "reponer en la esfera jurídica del acreedor lo que media entre su situación real y la situación en la que se encontraría en caso de que el cumplimiento exacto hubiese tenido lugar"⁹²⁹. Es decir, subsanar la situación que el incumplimiento contractual ha originado en los intereses del acreedor y, si ello no solo se limita a la prestación debida, sino que además, si se han originado otros perjuicios al acreedor, surgirá la posibilidad de que le enmienden o resarzan sus daños y perjuicios, como veremos en próximos apartados.

2.7.2. Resolución contractual por incumplimiento en las obligaciones sinalagmáticas

Antes de detenernos a analizar la facultad de solicitar daños y perjuicios ante un incumplimiento contractual, debemos analizar un poco más profundamente las peculiaridades propias del hecho de que estemos ante relaciones contractuales bilaterales. Una de las particularidades de este tipo de relación tiene especial vinculación con el incumplimiento. Se trata de la *necesidad de cumplimiento simultáneo* que supone, como señala FERNÁNDEZ GONZÁLEZ-REGUERAL que "*el acreedor de una obligación recíproca no puede exigir al deudor su cumplimiento sin que, a su vez, él haya cumplido o, al menos, ofrecido cumplir*"⁹³⁰. Según la opinión de la autora,

⁹²⁷ YZQUIERDO TOLSADA, Mariano, (2001) *op. cit.* Pág. 119.

⁹²⁸ Que personalmente considero que también es forzosa, tal y como comenté anteriormente.

⁹²⁹ YZQUIERDO TOLSADA, Mariano, (2001) *op. cit.* Pág. 119.

⁹³⁰ FERNÁNDEZ GONZÁLEZ-REGUERAL, María Ángeles, "VIII. La resolución por incumplimiento en las obligaciones bilaterales" en O'CALLAGHAN MUÑOZ, Xavier, (coord.), *Cumplimiento e Incumplimiento del Contrato*. Ed. Editorial Universitaria Ramón Areces. 2012. Madrid. Pág. 384.

que consideramos acertada y compartimos, solo podrá solicitar la resolución del contrato bilateral por incumplimiento contractual la parte que sea realmente perjudicada por el mismo, es decir, la que ya ha cumplido con su obligación, o ha expresado su voluntad de cumplir.

Si nos fijamos en la relación que estudiamos entre profesional y cliente, entendemos que el profesional cumple cuando lleva a cabo la intervención acordada, o cuando obtiene el resultado prometido, según el caso (o según el alcance de la obligación que se haya contratado); y que el acreedor cumple cuando paga el precio de la intervención o cuando, como mínimo, expresa su voluntad de abonarlo o consigna el importe, si el médico no quiere aceptar el pago. Así lo manifiesta el último inciso del artículo 1100 CC.

El artículo 1124 CC permite al obligado cumplidor resolver la relación cuando el otro obligado incumple. Sin embargo, FERNÁNDEZ GONZÁLEZ-REGUERAL señala que el precepto origina enorme discusión:

*"[y] no pocos problemas a la hora de determinar, en cada caso concreto, si su procedencia es o no conforme a Derecho; así, quién de las partes puede pedirla, qué tipo de incumplimiento provoca la resolución, si basta el retraso en el cumplimiento o si el incumplimiento debe ser definitivo, en qué forma debe hacerse la misma, cuáles son sus efectos y si los mismos alcanzan o no a posibles terceros adquirentes, qué debe tenerse en cuenta para determinar la indemnización que, según el art. 1124, procede en caso de resolución y, en fin, si para resolver un contrato es necesaria una voluntad del deudor rebelde"*⁹³¹.

Parece que la facultad que el artículo 1124 CC ofrece a la parte que sí ha cumplido su obligación se debe a la voluntad del codificador de deshacer el desequilibrio que el incumplimiento de una de las partes genera. Por ello BERCOVITZ ÁLVAREZ, en el comentario que realiza del artículo 1124 CC recuerda que la jurisprudencia consolidada exige, para que entre en juego este artículo, en primer lugar que exista un contrato que vincule recíprocamente a las partes y que sea un vínculo exigible; en segundo lugar, que una de las partes haya incumplido gravemente sus obligaciones (aunque sea un incumplimiento parcial o defectuoso, pero solo sobre las prestaciones principales que debía cumplir); y por último, que el otro obligado no hubiere incumplido sus obligaciones, ni sea el causante del incumplimiento que

⁹³¹ Cit. *Supra*. Pág. 384.

reclama⁹³². La doctrina también señala del mismo artículo 1124 CC que "*lo que el precepto concede al acreedor es un derecho de opción para exigir, de manera alternativa, el cumplimiento o la resolución contractual*"⁹³³, especialmente si observamos la literalidad del segundo párrafo del 1124 que dice "*el perjudicado podrá escoger entre exigir el cumplimiento o la resolución de la obligación, (...)*".

La Jurisprudencia ha considerado que el incumplimiento que faculte a la otra parte a la resolución contractual (cuando ya haya cumplido sus obligaciones) debe ser un *incumplimiento esencial* y que afecte a las obligaciones principales del contrato. Como por ejemplo establece la Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de mayo de 2008⁹³⁴, que literalmente expone, en su Fundamento de Derecho Cuarto que:

"Para que un incumplimiento tenga fuerza resolutoria es necesario que sea esencial (...). Condición de que se hace merecedor aquel que la tenga por haber sido esa la voluntad, expresada o implícita de las partes contratantes, a quienes corresponde crear la lex privata por la que quieren regular su relación jurídica. También la tiene el que sea intencional y haga pensar a la otra parte que no puede esperar razonablemente un cumplimiento futuro de quien se comporta de ese modo (...). Y finalmente, aquel que, con independencia de la entidad de la obligación incumplida, produzca la consecuencia de privar sustancialmente al contratante perjudicado de lo que tenía derecho a esperar de acuerdo con el contrato, siendo ello previsible para el incumplidor".

Esta previsión jurisprudencial, que no se basa ni mucho menos en esta única Sentencia citada, hace que, *a priori* el incumplimiento de obligaciones accesorias no pueda ser motivo para la resolución del contrato bilateral acudiendo a la acción del artículo 1124 CC. Sin embargo, habrá que estar al caso concreto, pues puede suceder que exista una obligación accesoria que imposibilite el cumplimiento del resto de obligaciones o que imposibilite el efectivo cumplimiento de la prestación y, se entiende

⁹³² Señala el autor que, para que se dé las condiciones necesarias para el artículo 1124 CC se requiere: "A) Existencia de vínculo contractual recíproco y exigible (...). B) Incumplimiento grave por una de las partes. Ello puede darse también ante un incumplimiento parcial o defectuoso; pero no basta aducir el incumplimiento de prestaciones de menor entidad, accesorias o complementarias, que no impidan el fin económico del contrato en contra de las legítimas aspiraciones de la contraparte (...). C) Que la otra parte no haya incumplido lo que le correspondía (...). Y que no haya sido la que ha provocado el incumplimiento de la contraparte". Vid. BERCOVITZ ÁLVAREZ, Germán, "Comentario al artículo 1124 CC" en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo (coord.), *Comentarios al Código Civil*. Ed. Thomson Reuters - Aranzadi. 3ª Edición. 2009. Cizur Menor.

⁹³³ FERNÁNDEZ GONZÁLEZ-REGUERAR, María Ángeles, *op. cit.* Pág. 388.

⁹³⁴ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 19 de mayo de 2008. Ponente D. José Ramón Ferrándiz Gabriel. RJ2008\3091.

que en esos casos, sí que será suficiente para que pueda por ese motivo resolverse todo el contrato.

Si relacionamos esta forma de resolver el contrato con nuestra relación contractual analizada, podríamos considerar que el acreedor médico podrá escoger entre resolver el contrato cuando haya cumplido con la prestación - intervención - contratada y su deudor cliente no haya procedido a pagarle el precio, o bien forzar el cumplimiento del deudor, todo ello además será compatible "*con el resarcimiento de daños y el abono de intereses en ambos casos*" (art. 1124.2 CC). Y de igual modo podrá obrar el cliente que ha abonado ya el precio de la intervención ante el incumplimiento del deudor en sus prestaciones más fundamentales o el incumplimiento de prestaciones que, siendo accesorias, imposibilitan la prosecución de los objetivos del contrato.

2.7.3. Indemnización de daños y perjuicios

En muchos casos, el incumplimiento contractual facultará al perjudicado por el mismo a reclamar a su deudor el resarcimiento de los daños y perjuicios. Encontramos en este momento algunas pequeñas diferencias o matices en la forma de comprender la cuestión por parte de los expertos que consideramos relevante señalar.

Para ABELLA RUBIO, el cumplimiento por equivalente es sinónimo de indemnización de daños y perjuicios⁹³⁵ y por este motivo, habla de cumplimiento por equivalencia relacionándolo con la expresión latina *id quod interest*, que se vincula más bien a la indemnización de los perjuicios. Sin embargo, para YZQUIERDO, la *aestimatio rei* y la indemnización (*id quod interest*), son cosas distintas y se corresponden con momentos distintos, pues el primero de ellos es el cumplimiento por equivalente, que no quiere decir que estemos aún ante una indemnización, sino que por la imposibilidad de que se dé el cumplimiento *in natura*, se acepta que se entregue un equivalente, si es capaz de satisfacer al acreedor⁹³⁶.

Coincidimos con esta postura, y consideramos que la indemnización de daños y perjuicios procede cuando el incumplimiento causa esos daños y perjuicios al acreedor,

⁹³⁵ ABELLA RUBIO, José M^a, *op. cit.* Pág. 364.

⁹³⁶ Sobre la distinción entre la *aestimatio rei* y el *id quod interest*, recomendamos el estudio que fue realizado por el profesor YZQUIERDO TOLSADA en su obra de 2001, *op. cit.* Pág. 120 a 123, que se ha seguido para realizar el presente epígrafe.

y que si el cumplimiento forzoso puede satisfacer al mismo (sea *in natura* o sea mediante equivalente) se extinguirá la obligación sin que siempre surjan, además, daños o perjuicios indemnizables. Pues la indemnización no es automática, como sí lo es la *aestimatio rei* "que opera cada vez que no sea posible la ejecución específica de una obligación que sigue viva"⁹³⁷.

Para poder reclamar la indemnización de daños y perjuicios derivados del incumplimiento de la obligación, el afectado debe probar la existencia previa de una relación obligatoria, el incumplimiento por parte del deudor y los propios daños derivados del incumplimiento de los que se pretende el resarcimiento. Debe existir una relación de causalidad entre el daño y el incumplimiento, que justifique la indemnización que se solicita frente al deudor incumplidor.

Pese a que los elementos que engloban los daños y perjuicios que conforman la indemnización serán analizados en el siguiente Capítulo, pues son los que sirven para la configuración del *quantum* indemnizatorio, hemos considerado oportuno ofrecer una exposición de los mismos para observar sus características dentro del presente apartado, en los epígrafes siguientes.

a) Daño emergente

El daño emergente se corresponde con *el valor de la pérdida* que ha sufrido el perjudicado y que se recoge en el artículo 1106 CC⁹³⁸. NAVARRO MENDIZÁBAL y VEIGA COPO identifican el *daño emergente* con una "*mutilación patrimonial*"⁹³⁹, una descripción escueta, pero efectiva. Sin embargo, puede que no sirva demasiado para manifestar la amplitud conceptual del daño emergente. Dado que si solo pensamos en la mutilación que sufre el patrimonio del acreedor consideramos complejo que se identifiquen de forma intuitiva todos los conceptos que integran el daño emergente.

⁹³⁷ YZQUIERDO TOLSADA, Mariano (2001), *op. cit.* Pág. 121

⁹³⁸ Art. 1106 CC "*La indemnización de daños y perjuicios comprende, no sólo el valor de la pérdida que hayan sufrido, sino también el de la ganancia que haya dejado de obtener el acreedor, salvo las disposiciones contenidas en los artículos siguientes*".

⁹³⁹ NAVARRO MENDIZÁBAL, IÑIGO A., y VEIGA COPO, Abel B., *op. cit.* Pág. 121.

Según ABELLA RUBIO⁹⁴⁰, siguiendo el listado de daños indemnizables propuesto por SÁNCHEZ ARISTI⁹⁴¹, se habla de cinco daños que pueden englobarse, según el caso, en el concepto de daño emergente, que también coinciden con los que señala ASÚA GONZÁLEZ, en su comentario al mismo artículo 1106 CC⁹⁴². Los cinco daños referidos son:

*1º El coste derivado del negocio de reemplazo o negocio de cobertura, que consiste en aquel negocio que el acreedor haya tenido que realizar para obtener sustitutivamente la prestación incumplida por el deudor*⁹⁴³. Por ejemplo la intervención que se contrata y celebra con otro profesional médico para reemplazar el incumplimiento del primer profesional.

*2º El coste de la reparación o reposición a su correcto estado que hace el acreedor debido al carácter defectuoso de la prestación*⁹⁴⁴. Por ejemplo el precio de la intervención que pretenda corregir la asimetría generada en una corrección de orejas. O el precio de la explantación de unas prótesis mamarias mal ubicadas, que provocan una asimetría.

*3º Los daños a las cosas específicas que pertenecen al acreedor y que deben ser o hayan sido objeto de restitución por parte del deudor, como las cosas dadas en depósito, comodato o arrendamiento*⁹⁴⁵. En nuestro caso de estudio, esta figura difícilmente aplicaría, porque no es frecuente que el acreedor del acto médico de satisfacción deje sus propiedades en depósito, comodato o arrendamiento.

*4º Los costes en que haya incurrido el acreedor para satisfacer, judicial o extrajudicialmente, la prestación del deudor*⁹⁴⁶. Como, por ejemplo, las reclamaciones que haya realizado al profesional para forzarlo a ejecutar su prestación.

⁹⁴⁰ ABELLA RUBIO, José M^a, *op. cit.* Pág. 368 y 369.

⁹⁴¹ SÁNCHEZ ARISTI, Rafael, "Comentario al artículo 1106 CC" en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo, *Comentarios al Código Civil*. Ed. Thomson Reuters - Aranzadi. 3ª Edición. 2009. Cizur Menor. Págs. 1306 a 1309.

⁹⁴² ASÚA GONZÁLEZ, Clara I. "Comentario al artículo 1106 CC" en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo, *Comentarios al Código Civil*. Tomo VI. Ed. Tirant lo Blanch. 2013. Valencia. Págs. 8102 a 8116.

⁹⁴³ ABELLA RUBIO, José M^a, *op. cit.* Pág. 368.

⁹⁴⁴ *Cit. Supra*. Pág. 369.

⁹⁴⁵ *Cit. Supra*. Pág. 369.

⁹⁴⁶ *Cit. Supra*. Pág. 369.

5º El coste que haya tenido que sufragar el acreedor a terceros por su incumplimiento contractual o extracontractual, como consecuencia de que el deudor incumplió previamente⁹⁴⁷. Como por ejemplo si imaginamos que el acreedor es una persona que tiene contratos publicitarios o relacionados con las artes escénicas, y fruto del incumplimiento contractual, no puede cumplir con sus obligaciones profesionales, y debe indemnizar a terceras personas que tenían intereses en su persona.

Todos estos aspectos podrán estar dentro del *daño emergente*, por lo que nos gusta más definir esta figura como *el menoscabo que el incumplimiento contractual ha provocado, en sentido amplio, en el patrimonio del acreedor*.

b) Lucro cesante

El lucro cesante, en contraposición al concepto de *daño emergente*, es según el artículo 1106 CC "*la ganancia que haya dejado de obtener el acreedor*", se identifica como lo que se ha dejado de ganar el acreedor a causa del incumplimiento contractual soportado (o del daño padecido, para la responsabilidad extracontractual), también se define como "*ganancia frustrada o dejada de obtener*"⁹⁴⁸.

El lucro cesante "*puede serlo en perspectiva de interés positivo (las ganancias que se habrían obtenido si el contrato se hubiera cumplido) o del interés negativo (las que se habrían logrado de haber dedicado los recursos a otros contratos)*"⁹⁴⁹. Cuando se persiga el cumplimiento del contrato y, además, la indemnización por los daños causados, se entiende que nos encontramos ante el lucro cesante *en interés positivo*. Mientras que cuando lo que se solicite sea la resolución contractual y además se reclame el lucro cesante, se entiende que estamos frente a la perspectiva del mismo como *interés negativo*. Salvo que, como indica ASÚA GONZÁLEZ, nos ubiquemos ante supuestos en los que no existe contrato o el mismo es inválido, en los cuales el lucro cesante en interés negativo sería, en realidad, responsabilidad extracontractual⁹⁵⁰.

La complejidad de la figura reside en la prueba de las ganancias que se hubieran podido obtener de no haberse sucedido el incumplimiento contractual pues, como señala

⁹⁴⁷ Cit. Supra. Pág. 369.

⁹⁴⁸ ABELLA RUBIO, José Mª, *op. cit.* Pág. 369.

⁹⁴⁹ ASÚA GONZÁLEZ, Clara I., "Comentario al artículo 1106 CC", *op. cit.* Pág. 8108.

⁹⁵⁰ Cit. Supra. Págs. 8108 y 8109.

YZQUIERDO, *"la dificultad de evaluación del lucro cesante es obvia, como siempre que se desea acometer la recomposición de un futurible, y es que no hay otra cosa que averiguar cuál habría sido el aumento patrimonial que habría tenido lugar si no se hubiese producido el hecho dañoso"*⁹⁵¹, o en nuestro caso, el incumplimiento contractual dañoso.

Todos los expertos en la materia consultados, coinciden en señalar que el artículo 1106 del CC debe interpretarse atendiendo a lo que pauta el artículo 1107 CC, es decir, que tanto el daño emergente, como el lucro cesante por los que deberá responder el deudor incumplidor serán los que *"sean consecuencia necesaria de su falta de cumplimiento"* y, también por las previsiones del artículo 1107 CC *"los [daños] previstos o que se hayan podido prever al tiempo de constituirse la obligación"* (excepto en caso de dolo en el incumplimiento).

Sin embargo, sobre la previsibilidad de los daños, hay voces como la de YZQUIERDO⁹⁵² que considera que es necesario que para el caso del lucro cesante no es correcto que el deudor incumplidor solo deba indemnizar el daño que era previsible en el momento de constituir la obligación, y señala que el momento en que tendría sentido que se contara la previsibilidad del daño sería el momento en que el deudor incumpliera, sino, entre el momento de celebrar el contrato y el momento del incumplimiento existiría un lapso temporal en el cual el acreedor no podría reclamar el lucro cesante previsible y que, pertenece al tiempo en que el contrato ha estado vivo, antes del incumplimiento.

Los daños que pueden englobarse dentro del concepto de lucro cesante, estarán siempre extremadamente vinculados al caso concreto, pues si creamos una situación hipotética observaremos como ante un incumplimiento bastante similar (o incluso idéntico, si es posible que así sea), el resultado en la cuantificación del lucro cesante puede ser absolutamente dispar.

Pongamos un ejemplo, imaginemos el caso de un mismo profesional médico estético, especialista en cirugía, que tiene dos clientas que por las mismas fechas pretenden realizarse la misma intervención: pongamos por ejemplo un aumento de senos mediante mamoplastia con prótesis de gel cohesivo de silicona. Una de las dos

⁹⁵¹ YZQUIERDO TOLSADA, Mariano, (2016), *op. cit.* Pág. 620.

⁹⁵² *Cit. Supra.* Pág. 620.

clientas advierte al profesional que a finales de mes tiene planificado, por motivos laborales, varios viajes al extranjero en los que se reunirá con clientes internacionales, lo hace para que se prevea el tiempo necesario de postoperatorio, pues pretende acudir a la reunión tras realizarse la intervención (y haberse recuperado). La otra mujer, se encuentra en situación de desempleo tras un despido, y está aprovechando la indemnización y liquidación para realizarse la intervención que durante tanto tiempo había soñado realizarse. Fruto de una enorme confusión, el profesional mezcla las prótesis que debían ser para una y otra clientas, y realiza dos intervenciones que producen sendos incumplimientos contractuales, que solo pueden solventarse con una nueva intervención quirúrgica a ambas clientas.

En este ejemplo, el incumplimiento es el mismo (error en la colocación de prótesis para aumento de pecho), pero si nos fijamos en el lucro cesante, las particularidades de cada una de las afectadas lo alteran de forma muy visible, pues no es lo mismo que deba indemnizarse el lucro cesante producido por la pérdida de vuelos, viajes y previsibles cierres de negocios, que el lucro cesante producido a la clienta que acaba de ser despedida, aunque eso no quiere decir que para la misma no exista esta partida de daño, sino que será previsiblemente de menor cuantía.

c) Daños morales por incumplimiento contractual

Por último, cuando se habla de la indemnización de daños y perjuicios por incumplimiento contractual, se coincide en señalar que también deben englobarse en ella los daños morales que se provoquen al acreedor perjudicado. Los daños morales son definidos negativamente como aquellos que *no son patrimoniales*, sino que se refieren, por ejemplo, al honor de la persona. ABELLA RUBIO habla de los daños morales como "*relacionados o derivados de aquél [daño patrimonial], que alcanza a otras realidades extrapatrimoniales*"⁹⁵³.

En muchas ocasiones se intenta encajar el daño moral como concepto de la responsabilidad extracontractual, incluso cuando existe una relación contractual insatisfecha que sería la que causase la responsabilidad del deudor. Sin embargo, creemos firmemente necesario defender que el daño moral derivado de incumplimiento

⁹⁵³ ABELLA RUBIO, José M^a, *op. cit.* Pág. 373.

contractual es un daño contractual y que no es correcto acudir al régimen de la responsabilidad civil extracontractual para reclamarlo, por cuanto *"tiene su encaje en las obligaciones que, aunque nada se haya dicho expresamente de ellas en el contrato, forman parte también de él (así, que el médico no viole el secreto profesional de su paciente), [por lo que] no debería haber necesidad de escapar de la órbita contractual para encontrar la respuesta por la vía aquiliana"*⁹⁵⁴. Todo ello porque, el principio de integración de los contratos que se recoge en el artículo 1258 CC, hace que mediante contrato se obligue no solo a las prestaciones expresamente previstas, sino también a las que se deriven de la buena fe, de los usos y de la ley.

El problema que presentan los daños morales es que, al no ser corpóreos o materiales, parecen foráneos a la relación contractual concreta, especialmente en los contratos en los que existe un objeto con una corporalidad muy evidente (compraventa de inmueble, reparación de vehículo,...)⁹⁵⁵, pero para que no quepa duda de que son contractuales YZQUIERDO propone que el daño moral solo sea extracontractual cuando no sea posible situarlo en la esfera de los bienes que fueron tenidos en cuenta al celebrar el contrato o debieron ser tenidos en cuenta, pese a que no lo hubieran sido expresamente⁹⁵⁶.

Los daños morales, como sucede con el lucro cesante, serán también difíciles de cuantificar y de demostrar y variarán según el caso concreto y también dependiendo de lo que los jueces y tribunales consideren aplicable al supuesto que estén enjuiciando.

En la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de diciembre de 2010⁹⁵⁷, que resuelve un caso en que unas afectadas eran portadoras de prótesis mamarias Trilucent, estableció, siguiendo la recomendación de las autoridades sanitarias, se extrajeran las

⁹⁵⁴ YZQUIERDO TOLSADA, Mariano, (2016), *op. cit.* Pág. 198.

⁹⁵⁵ Pero nos preguntamos ¿qué sucede cuando el contrato tiene como objeto bienes inmateriales? como por ejemplo, qué pasa cuando el contrato tiene por objeto que se mejore el prestigio de una persona (sin concretar con qué medios o soportes concretos se realizará). ¿Qué pasaría en este caso si el honor de la persona y su prestigio se ven dañados? ¿La duda recaería sobre si el daño es contractual o extracontractual? Consideramos que no, que en todo caso la duda recaería sobre si el daño por el menoscabo del prestigio es un daño contractual patrimonial (que vincula el patrimonio del acreedor a los costes fallidos en intentar mejorar su honor y prestigio), o bien si se trata de un daño moral (menoscabo del honor y del prestigio) pero, insistimos en que en nuestra opinión, no cabría duda de que son daños contractuales.

⁹⁵⁶ YZQUIERDO TOLSADA, Mariano, (2016), *op. cit.* Pág. 198.

⁹⁵⁷ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 9 de diciembre de 2010. Ponente D. Juan Antonio Xiol Ríos. RJ\2011\1408.

referidas prótesis, por la posible toxicidad de los implantes. En el Fundamento de Derecho Sexto, el Tribunal señala que:

"f) El daño moral ocasionado por las prevenciones adoptadas por las Administraciones públicas es objetivamente imputable a los fabricantes e importadores del producto, puesto que fueron medidas proporcionadas a la necesidad de comprobar la posible toxicidad de un producto que se había puesto en circulación sin una comprobación exhaustiva acerca de la ausencia de esta característica".

Dentro de ese daño moral que se imputa a los fabricantes, se incluye según el caso concreto de cada una de las afectadas, (puesto que estamos frente a un proceso con pluralidad de demandantes), los siguientes conceptos que constituyen el daño moral (todos ellos obran en el FJ 7º):

"(...) daño moral relevante en grado moderado inherente al tratamiento médico y ansiedad padecida, teniendo en cuenta los días de hospitalización y de impedimento para el ejercicio de sus actividades habituales (...)"; *"padecimiento de defectos estéticos, además del tratamiento médico y de la ansiedad padecida"*; *"limitaciones derivadas de la indicación médica de no quedarse embarazadas, además del padecimiento de defectos estéticos, del tratamiento médico y de la ansiedad padecida"*.

Vemos en este caso como se personaliza en la resolución el daño moral que cada una de las afectadas ha sufrido, atendiendo a las circunstancias que les ha provocado el incumplimiento contractual y el daño derivado de producto catalogado como defectuoso.

3. La responsabilidad civil extracontractual

Considero oportuno tomarme la libertad de iniciar el presente apartado concluyendo en vez de introduciendo. Permítaseme pues que diga que, en mi opinión, los daños - en sentido amplio - que se deriven de una relación contractual, como la que existe entre los profesionales médicos especialistas en actos de satisfacción con finalidad estética y sus clientes, siempre deben ser dirimidos mediante la responsabilidad civil contractual, pues si se derivan de la existencia de un previo contrato y del incumplimiento del mismo, son daños causados mientras se intentaba (o incluso se lograba parcialmente) el cumplimiento de las prestaciones acordadas.

Consideramos que si se aplica correctamente el artículo 1258 CC⁹⁵⁸, las actuaciones que dentro de la vida del contrato causen daño a las partes del mismo deben ser consideradas contractuales, incluso aunque no hayan sido previstas concretamente, en atención a la integración del contrato recogida en el referido artículo.

En mi opinión, la consecuencia de esta afirmación es que en un trabajo que versara sobre una relación contractual y la responsabilidad que puede surgir entre las partes del contrato, con motivo del cumplimiento defectuoso o imperfecto, o por el incumplimiento del contrato - como humildemente pretende ser esta investigación -, no tendría razón de ser el apartado que nos disponemos a iniciar pues la responsabilidad civil extracontractual debería ser algo anecdótico. Sin embargo, durante mucho tiempo en España ha habido muchas resoluciones jurisprudenciales y opiniones doctrinales que han convertido en extracontractual aspectos como los daños morales o todos aquellos que se escaparan de lo que el Tribunal Supremo establecía que era la *rigurosa órbita de lo pactado*, sobre la que YZQUIERDO realiza una muy dura crítica⁹⁵⁹, a la que ciertamente no podemos más que sumarnos, y que desarrollaremos seguidamente.

¿Queremos decir que es imposible que cuando exista una relación contractual entre perjudicado y víctima los daños sean extracontractuales? No. Rotundamente no, puede haber daños extracontractuales entre personas que tienen una relación contractual, pero eso sucederá porque esos daños no se deberán ni al incumplimiento contractual, ni habrán sido producidos mientras se perseguía el cumplimiento de lo debido, sino que existen casos en los que el daño no está condicionado por la existencia de un contrato entre las partes pues, como dice YZQUIERDO *"no será contractual el daño que experimenta el inquilino cuando quien le atropella por la calle es precisamente su arrendador, pues en este caso actúa como peatón y no como arrendatario"*⁹⁶⁰. Todo ello por cuanto, *"la responsabilidad extracontractual tiene como presupuesto la causación de un daño sin que entre dañante y dañado medie relación*

⁹⁵⁸ Art. 1258 CC *"Los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento, y desde entonces obligan, no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley"*.

⁹⁵⁹ YZQUIERDO TOLSADA, Mariano, (2016), *op. cit.* Págs. 126 y ss.

⁹⁶⁰ *Cit. Supra.* Pág. 122.

contractual previa, o preexistiendo ésta, el daño es por completo ajeno al ámbito que le es propio"⁹⁶¹.

Se entiende de forma pacífica que la base de la responsabilidad civil extracontractual surge del "genérico deber de conducta de no dañar a los demás (*"alterum non laedere"*)"⁹⁶², que se traduce en una obligación para toda la sociedad, cuando el artículo 1902 CC establece que "el que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado". Siendo todo ello indiscutible, sí que nos lo parece el hecho de que se entienda que el artículo 1101 CC, no prevé también la prohibición de dañar al otro, cuando el otro es contraparte en el contrato.

Es decir, sin negar lo evidente de la responsabilidad extracontractual, queremos incidir en el hecho de que la existencia de una relación contractual no permite que en el marco de la misma se causen daños entre las partes, aun llevándose a cabo las obligaciones acordadas y que el deber de no dañar a los demás existe dentro de la relación contractual, especialmente porque podemos entender que generar un daño a la contraparte contraviene a la buena fe, a la ley y a los usos, que según el artículo 1258 CC están integrados en los contratos, incluso cuando los contratantes omiten referirlos.

Ante casos en que surjan daños entre personas vinculadas contractualmente, será necesario identificar los mismos como contractuales o extracontractuales, es decir, no podremos decir automáticamente ni que son contractuales ni que son extracontractuales y esa distinción de régimen entre uno y otros no siempre será sencilla. Sin embargo, al revés de como muchas veces se ha entendido, consideramos que el hecho de que exista un vínculo contractual entre las partes hace más probable que el daño sea contractual, "pues el contrato crea una situación particular, querida explícitamente la cual es absorbente y excluye aquella más general que la ley crea por su cuenta"⁹⁶³.

Hay que tener en consideración, además, que cuando estamos ante contratos de servicios profesionales, es común que contractualmente no se prevean por las partes

⁹⁶¹ REGLERO CAMPOS, Fernando "Capítulo I. Conceptos Generales y Elementos de Delimitación" (actualizado por Fernando Peña López) en REGLERO CAMPOS, Luis Fernando y BUSTO LAGO, José Manuel (Coords.), *Tratado de Responsabilidad Civil. Tomo I - Parte General*. Ed. Thomson Reuters - Aranzadi. 5ª edición. 2014. Cizur Menor. Pág. 159. (Subrayado propio del fragmento).

⁹⁶² YZQUIERDO TOLSADA, Mariano, (2001), *op. cit.* Pág. 80.

⁹⁶³ YZQUIERDO TOLSADA, Mariano, (2016), *op. cit.* Pág. 124.

"todas las conductas que deberán ser observadas [pues] (...) los usos de la profesión y las normas corporativas componen, junto a la buena fe, un clima tan natural, que no se considera preciso consignar en el texto contractual lo que es práctica habitualmente observada"⁹⁶⁴. Es decir, que es frecuente que en relaciones entre profesionales y sus clientes se sobreentiendan muchos aspectos, que en el caso concreto de los profesionales médicos, se suelen relacionar con aquellas obligaciones que referimos como obligaciones de seguridad⁹⁶⁵ y el resto de deberes deontológicos⁹⁶⁶.

Pese a lo escueto del art. 1902 CC, se entiende de forma pacífica por parte de la doctrina y de la jurisprudencia que el precepto configura un régimen de responsabilidad subjetiva (como sucede con la responsabilidad contractual si nos fijamos en el art. 1101 CC), en el que se requiere una acción u omisión culposa (conducta antijurídica), que genere un daño (daño) y, además, se considera necesario que exista una relación de causalidad entre la conducta y el daño (nexo de causalidad), por lo que, a simple vista comprobamos como era cierto que, en gran medida, la responsabilidad civil contractual y la extracontractual comparten sus elementos básicos⁹⁶⁷, pero en estos casos, en vez de atender a una relación contractual entre las partes, se atenderá al principio genérico que sanciona cualquier acción u omisión que dañe a los demás.

Pero sobre todo, sobre el artículo 1902 CC y los que le siguen, se ha desarrollado una apabullante extensión de literatura jurídica, de origen doctrinal y jurisprudencial que, a nuestro humilde entender, en ocasiones se ha impuesto sobre regímenes que resultaban más aplicables al caso concreto, como venimos declarando en los casos de actos de la medicina de ámbito privado en los que existiendo un contrato y unos daños derivados de actuación profesional, se ha acudido a la responsabilidad extracontractual por distintos motivos.

Coincidimos con YZQUIERDO, en señalar que dos de los casos más evidentes de extralimitación en favor de la responsabilidad extracontractual, y en detrimento de la contractual, es la *responsabilidad extracontractual derivada de contrato*⁹⁶⁸ que supone entender que los daños en la personalidad del acreedor (lesiones en salud, daños

⁹⁶⁴ Cit. *supra*. Pág. 124.

⁹⁶⁵ Vid. Capítulo III, apartado 3.c).

⁹⁶⁶ Vid. Capítulo III, apartado 3.e).

⁹⁶⁷ Vid. Capítulo IV, Apartado 2.5.

⁹⁶⁸ YZQUIERDO TOLSADA, Mariano (2016), *op. cit.* Pág. 123.

morales, daños contra el honor,...) no son contractuales, sino extracontractuales, porque el contrato no preveía que se causaran. Así, según esta teoría, por ejemplo, si un profesional conoce una información sobre la salud de su paciente o cliente, fruto de que va a tratarlo, revelar ese dato secreto y hacerlo público, no sería un daño contractual, sino extracontractual, porque el contrato no versaba sobre datos en salud sino que surgió con un objetivo de asistencia médica o intervención voluntaria. Nos parece que es absolutamente absurdo entender que estos daños no pueden considerarse contractuales porque, además de que sin el contrato no hubieran podido suceder (su razón de ser es la relación contractual), el artículo 1258 CC, en realidad debe servir para que la buena fe y las normas de deontología profesional se incorporen a la relación contractual, y estos daños pueden ser un gran ejemplo de incumplimiento, precisamente, de ese tipo de normas.

Otra teoría que ha ayudado a la extralimitación de la responsabilidad extracontractual en detrimento de la contractual es la teoría jurisprudencial de la *rigurosa órbita de lo pactado*⁹⁶⁹. En realidad, supone llevar un poco más al extremo la teoría de la *responsabilidad extracontractual derivada de contrato*, y aplicar la responsabilidad extracontractual no solo a los daños en la personalidad del acreedor, sino en cualquier daño provenga de un hecho que exceda de lo expresamente previsto entre deudor y acreedor, que generará un daño siempre extracontractual.

Esta teoría, que estuvo muy extendida y fue alegada en múltiples resoluciones del TS⁹⁷⁰, nos parece una grave equivocación por parte de los tribunales que, ha supuesto la omisión, como si no existiera, del principio de integración de los contratos (art. 1258 CC) y de todo el régimen de responsabilidad civil contractual. Hay que tener en cuenta que, generalmente desde hace ya bastantes décadas, los contratos que se celebran no se negocian punto por punto, sino que estamos mayoritariamente ante contratos de adhesión, donde la capacidad negociadora de las partes está ciertamente desigualada.

Aplicar la doctrina de la *rigurosa órbita de lo pactado*, castiga al sujeto que no es capaz de introducir en el contrato cláusulas que prevean que no deben causarse daños a sus intereses, aspecto que, por otra parte, incidimos, no sería necesario, pues el deber

⁹⁶⁹ Véase, YZQUIERDO TOLSADA, Mariano (2016), *op. cit.* Págs. 127 y ss.

⁹⁷⁰ En el apartado siguiente señalamos las que consideramos más representativas, dentro de nuestro ámbito de estudio.

general de no dañar a otro, es aplicable dentro de las relaciones contractuales. No podría ser de otra forma.

3.1. Uso extensivo de la responsabilidad civil extracontractual en supuesto de medicina estética

Una de las Sentencias que consideramos que realiza una aplicación ciertamente muy extensiva⁹⁷¹ de la responsabilidad civil extracontractual en casos de intervenciones médicas de satisfacción es la Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga de 10 de noviembre de 2010⁹⁷² en la que sucede algo bastante excepcional, se acude a las teorías sobre la *unidad de culpa civil*⁹⁷³ en las que se suman ambas vías (contractual y extracontractual) de reparación de los daños del perjudicado, en un caso en que no se había alegado que el perjuicio fuera contractual. En la Sentencia se analizan los daños causados durante una sesión de depilación definitiva con láser médico. Pues bien, la perjudicada, a la que se le habían causado quemaduras en las piernas durante la última sesión del tratamiento de depilación láser⁹⁷⁴, demandó al centro médico solicitando la indemnización de daños y perjuicios que consideraba oportuna "*al amparo del artículo 1.902 del Código Civil*" (FJ 1º) y exclusivamente amparándose en dicho precepto.

Visto el resultado de la Primera Instancia, la entidad demandada (que fue condenada al pago de más de 9.000 euros) recurrió en amparo alegando, entre otras cuestiones, infracción procesal por la indebida aplicación del artículo 1902 CC, dado que entre la perjudicada y ella existía una relación contractual y la reclamación, debió ejercitarse de conformidad con los artículos 1101 y ss. del CC, y no en base al artículo 1902 CC, pues:

"(...) refiere haberse suscrito entre los litigantes un contrato de arrendamiento de obra, que es propio de la medicina satisfactoria o voluntaria, [y en su virtud] se responde cuando haya quedado acreditado un incumplimiento o un cumplimiento defectuoso, operando, a favor de la parte demandada, la inversión de la carga de la prueba, lo que, en el caso enjuiciado, se traduciría en la absolución de la demandada,

⁹⁷¹ Y bastante poco acertada, a nuestro parecer.

⁹⁷² Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga, Sección Sexta, de 10 de noviembre de 2010. Ponente Dª. Inmaculada Suárez Bárcena Florencio. AC\2011\1700.

⁹⁷³ Que serán analizadas en el apartado 4 del presente Capítulo.

⁹⁷⁴ En nuestra opinión un daño que solo puede ser contractual, pues se realiza mientras se está ejecutando precisamente la prestación contratada.

en la medida en que la actora no ha probado que la Entidad demandada actuase con falta de la debida diligencia en el cumplimiento de las obligaciones contractualmente asumidas para con la actora" (FJ 4º).

Sin embargo, la Audiencia malagueña, pese a que admite la existencia de relación contractual, y considera la misma como próxima al arrendamiento de obra ("*se aproxima de una manera notoria al arrendamiento de obra - "locatio operis" - contemplado en el artículo 1544 del Código Civil*"), realiza un giro de tuerca y literalmente expone (en un muy caótico argumento):

"(...) consecuentemente con ello, a expensas de la obtención de un determinado resultado satisfactorio de la demandante, siendo rechazable la tesis defendida por la parte apelante, no ya solo en cuanto a la calificación que realiza como de arrendamiento de servicios, sino en lo que a la indebida aplicación del artículo 1.902 del Código Civil que alega se refiere, pues, olvida la recurrente, que el hecho de acudir a un profesional de la medicina a fin de someterse a un tratamiento de estética, implica, de por sí una proposición y ejecución de un contrato que implícitamente el médico acepta, sometiéndose ambas partes, como en cualquier otro contrato, a las consecuencias de su incumplimiento, que son, conforme al artículo 1.011 del Código Civil, (...) una la que procede del incumplimiento del contrato, normada en el artículo 1.101 del Código Civil, y otra la Aquiliana, regulada en el artículo 1.902 del mismo texto legal, responsabilidades ambas, que, si bien, la doctrina tradicional consideraba no exigibles a la vez, como derivadas de unos mismos hechos, debiendo exigirse solo la que correspondía según se tratara de incumplimiento o cumplimiento defectuoso de un contrato, o de violación de un derecho ajeno a toda relación obligatoria, se produjo un giro jurisprudencial de ciento ochenta grados, estimándose que, en los supuestos de conjunción de responsabilidad contractual y extracontractual, como es el que nos ocupa, es perfectamente admisible el concurso de ambos siempre que un mismo hecho puede ser considerado como incumplimiento de una obligación contractual o como de acto ilícito extracontractual, es decir, que cuando un hecho dañoso pueda derivarse tanto de la violación de una obligación contractual, como del deber general de no dañar a otro, (...)"⁹⁷⁵.

Consideramos muy forzado que se aplique la unidad de culpa civil incluso cuando la demandante no ha señalado que existía una relación contractual y que los daños pueden venir de la misma, pues como la propia Audiencia refiere, parece que la unidad de culpas ha sido creada para los casos en los que exista un concurso de regímenes de responsabilidad, cosa que debemos recordar que no sucede aquí. Hay que añadir que, además, para justificar esta extralimitación, pese a la existencia de contrato,

⁹⁷⁵ Los subrayados del fragmento son propios para señalar los aspectos que consideramos más relevantes del fragmento.

la Audiencia realiza otra desconcertante construcción jurídica, un poco después de decir lo que ya hemos acotado, pues establece (en el mismo FJ 4º):

"(...) <<unidad de culpa civil>> que, no obstante, viene a ser matizada por la jurisprudencia al señalar como cuando sea analizada en su vertiente contractual no basta para que nazca responsabilidad con que haya un contrato entre las partes, sino que se requiere para que ello suceda que se realice un hecho dentro de la rigurosa órbita de lo pactado y como desarrollo del contenido negocial".

Es decir, primero se acude a la unidad de culpa civil, aunque solo se había reclamado por la vía de la responsabilidad extracontractual (erróneamente) por parte de la demandante y, posteriormente, atendiendo a la *rigurosa órbita de lo pactado*, como lógicamente nadie celebra un contrato para que le quemén las ingles, pues resulta que el daño es extracontractual y entonces es *innegable*⁹⁷⁶ que se demandó correctamente, con escrupulosa observancia de la normativa civil.

3.2. Resoluciones judiciales que han apostado por la responsabilidad contractual y se han manifestado contrarias a aplicar la responsabilidad extracontractual

Pese a lo expuesto en el apartado anterior, en ocasiones encontramos resoluciones que, acertadamente, consiguen discernir entre los regímenes de responsabilidad y solventan la situación con corrección. Así, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 3 de enero del 2000⁹⁷⁷ resolvió un caso en que se causaron daños durante la realización de una vasectomía, que finalizó con la pérdida de un testículo del acreedor en la relación contractual⁹⁷⁸. Se interpuso la demanda con base en la responsabilidad civil contractual del artículo 1101 CC, pero además, se alegó subsidiariamente la responsabilidad civil extracontractual del artículo 1902 CC, para el caso que no se considerara la primera. Sin embargo, en el Fundamento Primero de la Sentencia, se señala que:

"(...) la regla general será la responsabilidad contractual de los médicos, dándose la extracontractual sólo excepcionalmente, ya que el Tribunal Supremo ha declarado reiteradamente que existiendo obligación derivada de contrato no hay que

⁹⁷⁶ Perdón por la ironía.

⁹⁷⁷ Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección Duodécima, de 3 de enero de 2000. Ponente D. Marcial Subirás Roca. AC\2000\4.

⁹⁷⁸ En este caso el perjudicado demandó al centro: Hospital Sant Jaume de Calella, con el que había celebrado el contrato para la realización de la vasectomía

acudir a los artículos 1902 y 1903, que rigen las obligaciones que nacen de culpa o negligencia sin existir pacto contravenido".

La Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 9 de julio de 2001⁹⁷⁹, resuelve un caso en que se contrataron ciertas actuaciones quirúrgicas para mejorar la apariencia del rostro de la clienta y, no solo no se logró mejorar su apariencia, sino que de la intervención se derivaron una serie de daños que se reclamaron en base a la responsabilidad civil contractual, del artículo 1101 CC y siguientes. La Audiencia considera que:

"(...) en materia de responsabilidad profesional médica, se ha de partir, en primer lugar del análisis del contrato de prestación de servicios médicos y la llamada "lex artis ad hoc", como criterio valorativo de la corrección del concreto acto médico ejecutado por el profesional de la medicina" (FJ 2º) y en el Fundamento Tercero se decanta por señalar que ha existido incumplimiento contractual cuando dice "en cuanto al incumplimiento contractual, a tenor del resultado de la prueba, cabe concluir que la actora quería una cosa, y en realidad se le hizo otra, que no era la realmente querida (...)"

Como se observa, la SAP citada ataja la alusión al régimen del artículo 1902 CC, que había realizado la recurrente.

La SAP de Sevilla de 27 de enero de 2015⁹⁸⁰, al contrario de lo que sucedía con las anteriores, considera, creemos que con acierto, que unos daños son contractuales, pero, puede que también se esté extralimitando, pues era la propia demandada y apelante quién (erróneamente) había considerado a los mismos extracontractuales y, al presentar la demanda tras haber transcurrido el plazo de prescripción, fueron desestimadas sus pretensiones. La SAP observa la *realidad contractual* de los daños, que son en su mayoría cicatrices derivadas de la intervención estética y, existiendo vínculo contractual entre la perjudicada y una de las codemandadas (la clínica y la doctora) condena a la clínica - absolviendo a la doctora codemandada -, al pago de una indemnización de 28.032 €, más intereses, en virtud de los artículos 1101 y 1108 CC. Consideramos acertado que se señale que existía una relación contractual, aunque quizá debemos alertar de nuevo, que en la propia redacción de la sentencia de apelación se afirma que la demandante y apelante alegó responsabilidad extracontractual, por lo que

⁹⁷⁹ Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, Sección Sexta, de 9 de julio de 2001. Ponente Dª Purificación Martorell Zulueta. AC\2001\2523.

⁹⁸⁰ Sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla, Sección Quinta, de 27 de enero de 2015. Ponente D. Conrado Gallardo Correa. AC\2015\380.

hubiera sido necesario, un mayor esfuerzo argumental, para justificar que finalmente se condene atendiendo a unos artículos que no parecen haber sido invocados por la perjudicada, pese a que obviamente conocía su contrato con la clínica que era codemandada.

4. Los problemas del sistema de doble régimen de responsabilidad y las teorías que se crean para evitarlo

En general, y no solo en el caso de la responsabilidad sanitaria (aunque también), el sistema de doble régimen de responsabilidad civil que recoge el Código, - que además se ve incrementado por las especialidades que introducen las leyes especiales, como la responsabilidad por productos defectuosos ante consumidores y usuarios -, comporta problemas de aplicación.

En ocasiones, no es fácil observar correctamente la naturaleza del daño, pues existiendo relación contractual cabe ciertamente la posibilidad de que algunos daños sean extracontractuales - el caso del inquilino al que su arrendador atropella por la calle⁹⁸¹ es un ejemplo evidente -, incluso puede caber que en un mismo actuar se causen daños contractuales y extracontractuales, o que en una relación con muchas partes, algunas contractuales y otras ajenas, una de ellas resultase dañada. Aunque en realidad en este último supuesto debemos entender que ese daño será contractual entre las personas que estaban contractualmente vinculadas y extracontractual entre las que no existe relación contractual⁹⁸².

La confusión entre regímenes en muchos casos está ciertamente justificada, aunque no compartimos completamente la idea de que existe una "*zona mixta o fronteriza*" de la que hablaba REGLERO CAMPOS⁹⁸³, vinculada a los daños de naturaleza corporal, moral o patrimonial. En nuestro objeto de estudio, la mayoría de los daños serán de tipo corporal y moral, y son todos ellos contractuales, por surgir precisamente de la ejecución de las obligaciones contractuales.

⁹⁸¹ YZQUIERDO TOLSADA, Mariano (2001), *op. cit.* Pág. 94.

⁹⁸² Puede ser este el caso cuando fruto de un contrato para actos médicos de satisfacción con finalidad estética entre un sujeto y una clínica estética, el profesional médico - con el que no se ha contratado - causa daños al sujeto. Consideramos que no debería haber una confusión de regímenes en este caso, sino que el perjudicado tendrá acción contractual contra la clínica y extracontractual contra el profesional.

⁹⁸³ REGLERO CAMPOS, L. Fernando, *op. cit.* Pág. 175.

Pese a ello, sí que vemos esa confusión de regímenes pues, como hemos observado, los elementos fundamentales de ambos sistemas de responsabilidad (1101 CC y 1902 CC) comparten sus elementos esenciales: la acción u omisión antijurídica, el daño y la relación de causalidad entre la primera y la segunda, y además son ambos sistemas de carácter subjetivo o basados en la culpa o negligencia del sujeto que genera el daño, pese a la existencia de corrientes jurisprudenciales y doctrinales tendentes a la objetivación de los regímenes que han ido apareciendo y desapareciendo durante los años y que analizaremos a continuación⁹⁸⁴.

Con todo, consideramos que los intentos de aunar los dos regímenes de responsabilidad, no siempre han sido por causa de la confusión inocente, sino que en ocasiones (en la mayoría de ocasiones podríamos decir), se ha intentado acudir al régimen de responsabilidad que menos se ajustaba al caso para intentar beneficiarse de las gratificaciones que el mismo puede traer a los perjudicados.

En el caso de la responsabilidad civil extracontractual, la principal característica beneficiosa que presenta para el perjudicado es que los conceptos que se pueden incluir dentro del daño extracontractual son más amplios, el resarcimiento es más completo. El artículo 1107 CC, en sede de responsabilidad civil contractual, limita ciertamente los daños que pueden solicitarse como derivados de incumplimiento contractual y admite que los mismos, además, sean gradualmente aumentados o reducidos en atención a la voluntariedad de la acción de la víctima. Este artículo no encuentra parangón en el ámbito de la responsabilidad extracontractual. Como señala la doctrina "*parece como si el hecho de existir un convenio entre las partes sugiriera al juez que los contratantes han conversado sobre sus conveniencias, han aclarado sus propósitos (...) todo lo cual, obviamente, no sucede en los supuestos de daños extracontractuales*"⁹⁸⁵, mientras que en la responsabilidad extracontractual "*el alcance del resarcimiento tiende inexorablemente a ser casi integral*"⁹⁸⁶.

En el caso de la responsabilidad civil contractual, la principal característica beneficiosa es que tiene un plazo de prescripción que es mucho más largo que en la responsabilidad civil extracontractual y, aunque ha sido acortado recientemente, sigue siendo cinco veces mayor.

⁹⁸⁴ Vid. Apartado 5 del presente capítulo.

⁹⁸⁵ YZQUIERDO TOLSADA; Mariano (2016), *op. cit.* Pág. 104.

⁹⁸⁶ *Cit. Supra.* Pág. 104.

Estas distinciones tan significativas, que hacen inclinar la balanza hacia una u otra responsabilidad según los intereses de cada una de las partes, han hecho que surgieran teorías para subsanar estas diferencias, especialmente la relativa a la prescripción, que poco a poco han ido construyendo un debate sobre la necesidad de fusionar los dos regímenes de responsabilidad civil del CC o permitir su concurrencia o alegación conjunta, con el objetivo de lograr la máxima indemnidad de la persona perjudicada, con independencia de las circunstancias en las que se encontraran las partes en el momento de originarse el daño. Del mismo modo que también, casi paralelamente, se ha ido generando un régimen de responsabilidad que prescinde de la culpa de los causantes de los daños, para que resulte más sencillo a las personas perjudicadas que sus daños sean indemnizados.

4.1. Concurso de normas vs concurso de pretensiones

Para poder analizar las teorías doctrinales y jurisprudenciales que se siguen, es necesario que realicemos una distinción previa, entre el *concurso de normas* y el *concurso de pretensiones*.

Cuando hablamos de *concurso de normas*, nos situamos ante una postura que parte de la base de que los hechos son los generadores del daño, y que el perjudicado no debe caracterizar o englobar los daños padecidos en ninguno de los dos regímenes, sino que los mismos concurren, con el objetivo de que se pueda garantizar la completa indemnidad del perjudicado. Como señala YZQUIERDO "él [el perjudicado] *no es quien ha de calificar los hechos, y aunque lo haga, su elección no vincula al juez (...) de modo que si la reclamación no encaja en el campo pretendido por el actor, podrá intercambiar los argumentos y darle acomodo en la otra esfera, sin que ello suponga vicio de incongruencia*"⁹⁸⁷. Esta teoría, del concurso de normas, es el origen de la corriente actualmente más frecuente y que sirve para rodear u omitir la existencia de dos regímenes legales de responsabilidad civil: la teoría de la *yuxtaposición* o la *unidad de culpa civil* que por su relevancia se abordan separadamente en el epígrafe siguiente.

⁹⁸⁷ YZQUIERDO TOLSADA, Mariano (2016), *op. cit.* Pág. 135.

Sin embargo, según NAVARRO MENDIZÁBAL Y VEIGA COPO "*en primer lugar habría que averiguar si estamos ante una o dos pretensiones*"⁹⁸⁸ si nos fijamos en el *concurso de pretensiones*, partimos de la base de que existen dos pretensiones individuales, dos causas de pedir, es decir, dos regímenes que conviven, pues es el concurso que tiene en consideración la "*doctrina de la individualización*"⁹⁸⁹. Es decir, el dañado tiene dos acciones (contractual y extracontractual) y, en este punto, surgen dos teorías.

La primera de ellas es la que considera que el damnificado puede *optar* por una de las dos vías posibles y, desde ese momento, no podrá acudir a la vía descartada. Tal y como señala YZQUIERDO "*la opción vincula igualmente al juez, que no podrá aplicar normas contractuales si la víctima situó su pretensión en el terreno aquiliano, pues ello supondría dictar una sentencia con vicio de incongruencia*"⁹⁹⁰. Según el autor, además, el perjudicado podría en caso de que se rechazara su opción primera, acudir a su segunda opción (en nuevo proceso), sin que se pudieran alegar en contra excepciones como la cosa juzgada o la litispendencia. Esta teoría de la opción, se ha utilizado para intentar salvar los problemas que el plazo de prescripción tan breve del artículo 1968 CC impone a la responsabilidad extracontractual y según recoge el referido autor, tuvo una buena acogida jurisprudencial entre los años 40 y los 90 del siglo XX⁹⁹¹.

Una de las sentencias señaladas por YZQUIERDO como propia de la teoría de la opción, es la ya comentada Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de marzo de 1950⁹⁹², aunque en esta antigua sentencia la perjudicada parece que había optado por la responsabilidad contractual, y el Sumo Tribunal le señala "*que no había responsabilidad para los demandados por faltar base para apreciar culpa contractual ni extracontractual, y si en efecto el contrato quedó incumplido fue por un suceso no imputable a los demandados*".

La segunda teoría es la de la *absorción o incompatibilidad* según la que no se puede escoger entre una u otra pretensión - que recordemos están individualizadas -, sino que hay que acudir a la que se ajuste al concreto daño, pues para algo son dos

⁹⁸⁸ NAVARRO MENDIZÁBAL, Íñigo A., y VEIGA COPO, Abel B., *op. cit.* Pág. 81.

⁹⁸⁹ YZQUIERDO TOLSADA, Mariano (2016), *op. cit.* Pág. 130.

⁹⁹⁰ *Cit. Supra.* Pág. 131.

⁹⁹¹ *Cit. Supra.* Pág. 132. El autor cita una treintena de sentencias donde se observó con mayor o menor literalidad la *opción* de la víctima.

⁹⁹² Que fue analizada en el Capítulo III (*Vid.* Apartado 4.3. a)). (RJ\1950\394).

regímenes distintos. Es una teoría contraria a la de la opción por parte del damnificado, que justifica su razón de ser en el hecho de que existen dos regímenes diferenciados y debemos atenernos a los mismos.

Coincidimos con esta segunda postura, pues entendemos, como señalaban DÍEZ-PICAZO Y GULLÓN que "*en realidad, la cuestión va perdiendo interés a medida que se va integrando el contenido del contrato, ensanchándolo, conforme al artículo 1258 del Código civil (obligaciones derivadas de la buena fe o de los usos)*"⁹⁹³ y si vinculamos esta idea de la que somos indiscutiblemente partidarios a lo que señala YZQUIERDO cuando dice "*los daños ocasionados en el marco del contrato encuentran su eventual reparación con arreglo a la normativa contractual*"⁹⁹⁴, tenemos como resultado que podríamos entender como incompatible la responsabilidad extracontractual, en los casos en los que cupiera la responsabilidad contractual, afirmación que defendemos sin duda.

4.2. La yuxtaposición y la unidad de culpa civil

La *yuxtaposición* y la *unidad de culpa civil*, son los dos conceptos en los que se ha cristalizado la teoría del *concurso de normas* que, como vimos, supone que ante unos hechos dañinos (originados por la acción u omisión de alguien), el perjudicado busque el resarcimiento y sea el operador jurídico quien utilice el sistema de responsabilidad que considere que se ajusta más al caso concreto, una vez observados los hechos y sus circunstancias, y todo ello en virtud del principio *iura novit curia*, según el cual, como es el juez quien conoce el derecho, será el mismo el encargado de aplicar la norma más indicada a cada pretensión.

Los conceptos *yuxtaposición* y *unidad de culpa civil* se usan como sinónimos, tanto por la doctrina como por la jurisprudencia, y se entiende que los casos en los que se da la unidad de culpa civil es porque se han yuxtapuesto los regímenes de responsabilidad civil existentes en ese caso, es decir, porque las características de cada uno de los regímenes se fusionan en el caso concreto.

⁹⁹³ DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis, y GULLÓN BALLESTEROS, Antonio, *Sistema de Derecho Civil*. Volumen II, Tomo 2. (2015), *op. cit.* Pág. 322.

⁹⁹⁴ YZQUIERDO TOLSADA, Mariano (2016), *op. cit.* Pág. 133.

En realidad se trata de una forma de saltarse o solventar el problema de la brevísima prescripción de las acciones extracontractuales y, consideramos que el hecho de que se haya acortado el plazo de prescripción de las acciones contractuales, pero que el mismo siga siendo bastante más largo que el de las acciones extracontractuales va a favorecer a que esta teoría siga alegándose en el futuro.

Sin embargo, hay autores como REGLERO CAMPOS que señalaban también el hecho de que es enormemente difícil, en ocasiones, discernir entre si procede la vía contractual o la extracontractual. Y recuerda que *"la propia jurisprudencia ha reconocido las enormes dificultades que entrañaba esa tarea de delimitación conceptual y ha optado por renunciar a ella, pronunciándose decididamente por conceder al perjudicado el derecho de opción, combinado con los principios procesales <<iura novit curia>> y <<da mihi factum, dabo tibi ius>> (...) en virtud de ciertos títulos que hoy pueden considerarse arquetípicos, como la llamada <<unidad de culpa civil>> o la <<yuxtaposición de responsabilidades>>"*⁹⁹⁵.

La unidad de culpa civil ha sido muy invocada y muy aceptada en materia de responsabilidad civil sanitaria entre los años 80 del siglo XX y los primeros del 2000, pero afecta especialmente a la medicina asistencial y no tanto a la estética, puesto que lo que se persigue con la unidad de culpa civil es pasar de una responsabilidad civil extracontractual a una contractual⁹⁹⁶, para que se aplique el plazo más largo de prescripción, o podríamos decir, para que el asunto no esté prescrito.

Como en los actos médicos de satisfacción con finalidad estética existe una relación contractual evidente -sea con el profesional, sea con el centro médico estético- no ha sido especialmente necesario acudir a esta figura, mientras que en el campo de la medicina asistencial, especialmente en casos de daños médicos dentro de la asistencia pública, se ha perseguido la unidad de culpa civil para que se estimase que existe una relación contractual entre los enfermos y los centros y profesionales del Sistema Nacional de Salud. Según YZQUIERDO *"el Tribunal Supremo se ha mostrado particularmente decidido a admitir la tesis de la <<unidad de la culpa civil>> en materia sanitaria"*⁹⁹⁷, sin embargo, el propio autor alude al Voto Particular de

⁹⁹⁵ REGLERO CAMPOS, L. Fernando, *op. cit.* Pág. 181.

⁹⁹⁶ Aunque se evite hacer alusión expresa a este objetivo, pues sería tanto como reconocer que el asunto está prescrito.

⁹⁹⁷ YZQUIERDO TOLSADA, Mariano (2016), *op. cit.* Pág. 138.

GULLÓN BALLESTEROS en la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de diciembre de 1999⁹⁹⁸, como motivo por el que poco a poco se ha ido dejando de considerar que entre los beneficiarios del Sistema Nacional de Salud y los organismos encargados de la gestión de la Seguridad social y médicos que forman parte de su personal existe una relación contractual. El magistrado considera que *"no existe, según hemos dicho, ninguna relación de naturaleza contractual, ni el órgano judicial, pese a ello, puede aplicarla porque así convenga al afiliado. No se ve que los derechos del sujeto al que se le imputa responsabilidad hayan de quedar pospuestos al de la víctima, sin ninguna posibilidad de defensa jurídica"*.

Como podemos ver en la última frase del acotado del Voto Particular del magistrado Gullón Ballesteros en la STS de 30 de diciembre de 1999, se trae a colación el problema de la seguridad jurídica que comporta para el que tiene que defenderse de las demandas de la víctima, el hecho de que se mezclen los dos regímenes de responsabilidad, con la única finalidad de no dejar sin resarcir su perjuicio. Compartimos esta argumentación, en el sentido de que la persona que se defiende de una demanda de contrario, tiene que saber a qué atenerse y de qué pretensiones defenderse, pero también debemos incidir en que estas teorías no son más que ejercicios de justicia material, donde se pretende ayudar a la víctima a que su daño no quede sin resarcir, y aunque se haga con poco respeto a las normas positivas, lo que pone de manifiesto en realidad es lo injusto del régimen de dos responsabilidades que pretenden el resarcimiento del daño y comparten muchos elementos, pero que en materia de prescripción son tan distantes⁹⁹⁹.

Por último, queremos señalar nuestra coincidencia con YZQUIERDO pues también consideramos que si los dos regímenes tuvieran el mismo plazo de prescripción, como sucede en Alemania desde que se unificó a 3 años para las acciones contractuales y extracontractuales, *"el problema ya no se plantearía en términos de concurso"*¹⁰⁰⁰. Los problemas de cada uno de los regímenes serían distintos, pero no se acudiría a ficciones para *contractualizar* lo extracontractual y viceversa. Motivo por el

⁹⁹⁸ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 30 de diciembre de 1999. Ponente D. José Almagro Nosete. RJ\1999\9496. Voto Particular de D. Antonio Gullón Ballesteros.

⁹⁹⁹ Situación que debería solventarse alterando normativamente el plazo de prescripción de la acción de responsabilidad civil extracontractual, en vez de acortando el plazo de prescripción de la acción de responsabilidad civil contractual.

¹⁰⁰⁰ YZQUIERDO TOLSADA, Mariano (2016), *op. cit.* Pág. 140.

que nos parece que la unificación de los plazos de prescripción podría haber sido una buena solución que, desafortunadamente, no se ha tenido en cuenta en el momento la norma en el año 2015.

5. La responsabilidad objetiva o sin culpa

Hasta el momento, incluso cuando hablamos de teorías tendentes a la unificación de los dos regímenes de responsabilidad previstos por el Código Civil como vimos anteriormente, estamos analizando la responsabilidad civil desde la óptica culpabilística, es decir, aquella que parte de la culpa, la negligencia o el dolo del causante del daño, como requisito esencial para que se dé la indemnización que resarcirá el daño a la víctima del mismo (perjudicado) y restablecerá la situación, como si el daño no hubiera sucedido. Tradicionalmente, la culpa o el dolo han sido la <<razón suficiente>>¹⁰⁰¹ que sirve de base a todo el sistema de responsabilidad civil, pues así está previsto en el propio Código y en las normas que fueron inspiradoras de nuestro Código Civil, como fue el *Code Civil* Francés del año 1804.

En el presente apartado, sin embargo, vamos a analizar la responsabilidad objetiva, que es la que prescinde de la culpa o del dolo del causante del daño y que, como vimos, es la que encontramos por ejemplo en las normas de consumidores y usuarios¹⁰⁰².

En palabras de PANTALEÓN que la culpa sea del causante del daño y que el daño sea consecuencia de la conducta del causante son cosas distintas, pero ambas pueden dar lugar a responsabilidad¹⁰⁰³.

¹⁰⁰¹ A la que alude, entre otros, REGLERO CAMPOS, L. Fernando, "Capítulo II. Los Sistemas de Responsabilidad Civil" en REGLERO CAMPOS, L. Fernando y BUSTO LAGO, José Manuel (coords.), *Tratado de Responsabilidad Civil*. Tomo I. Ed. Thomson Reuters - Aranzadi. 5ª edición. 2014. Cizur Menor. Pág. 265.

¹⁰⁰² Vid. Apartados 2.3. y 2.4. del presente capítulo.

¹⁰⁰³ Señala el autor: "la causalidad entre la conducta del posible responsable y el resultado dañoso -lo que los anglosajones llaman 'causation in fact'- no debe ser en modo alguno confundido con el problema, radicalmente distinto, de si el resultado dañoso, causalmente ligado a la conducta en cuestión, puede o no ser <<puesto a cargo>> de aquella conducta como <<obra>> de su autor, de acuerdo con los criterios establecidos al efecto por el legislador, o deducidos por el operador jurídico de la estructura y función de las normas de responsabilidad correspondientes. No debe ser en modo alguno confundido, en suma, con el problema de si el resultado dañoso es o no 'objetivamente imputable' a la conducta del demandado". PANTALEÓN PRIETO, Fernando, "Causalidad e imputación objetiva: criterios de

Siguiendo con una idea presentada por REGLERO CAMPOS, la responsabilidad objetiva crea "*diversos sistemas de responsabilidad que emplean distintas <<razones suficientes>> normalmente se les denomina <<criterios de imputación>> o <<títulos de imputación>>*"¹⁰⁰⁴ y como estamos analizando la responsabilidad objetiva, deberemos hacer hincapié en los criterios de imputación que se han entendido como suficientes para que naciera la responsabilidad objetiva o *sin culpa*, en los que nos centraremos en los epígrafes siguientes.

El régimen de responsabilidad sin culpa, que se divide a su vez en distintas clases en atención a los distintos criterios de imputación objetiva, convive con el de la culpa subjetiva y se estudia como una excepción a la regla general, donde se requiere la acción culposa del causante del daño para que pueda prosperar la acción contra él (responsabilidad culposa).

Sin embargo, hay sectores donde se ha impuesto la responsabilidad objetiva, como es el caso de responsabilidad por productos defectuosos o la defensa de los intereses de los consumidores, (esta última con matices como vimos al hablar de consumidores de servicios médicos), y otros sectores como la responsabilidad civil sanitaria donde no se ha llegado a imponer de forma hegemónica, sino que en ciertos casos concretos ha triunfado y en otros tantos no ha sido aceptada. Además, las tendencias jurisprudenciales no han permanecido firmes o estables, sino que han ido variando por corrientes y décadas, a ratos favorable a la responsabilidad objetiva y a ratos muy desfavorable. Ello nos resulta preocupante, por la falta de seguridad jurídica que a simple vista podemos apreciar, cuando la interpretación de las *reglas del juego* es tan cambiante.

Tradicionalmente se entiende que el fundamento de la responsabilidad objetiva es el riesgo y sigue el aforismo *cuius commoda, eius incommoda*¹⁰⁰⁵, y que según REGLERO CAMPOS, proviene del más extenso *ubi est emolumentum ibi est onus esse debet*, "*según el cual, aquel que emprende una actividad generadora de riesgos para*

imputación" en ASOCIACIÓN DE PROFESORES DE DERECHO CIVIL, *Centenario del Código Civil*. Vol. II. Ed. Centro de Estudios Ramón Areces. 1990. Madrid. Pág. 1562.

¹⁰⁰⁴ REGLERO CAMPOS, L. Fernando, *op. cit.* Pág. 266.

¹⁰⁰⁵ Que significaría que aquél que se beneficia de algo, también debe soportar las desventajas que le proporcional el beneficio que obtiene.

terceros con el exclusivo propósito de obtener un beneficio, ha de soportar los daños que de tal actividad se deriven, aunque hayan sobrevenido sin su culpa"¹⁰⁰⁶.

Sin embargo, nos preguntamos si en la actualidad está ya superada la idea de que solo en los casos de actividades generadoras de riesgo para terceros en persecución de beneficio propio cabe la responsabilidad objetiva, y si, aún sin prescindir de la idea de riesgo, no estamos ante la consagración de una responsabilidad objetiva más generalizada y menos vinculada al concreto riesgo. No nos atrevemos a dar una respuesta demasiado tajante a estas cuestiones pues en las normas que prevén regímenes de responsabilidad objetiva (como las aludidas sobre consumidores) si que consideramos que se *huele* o intuye el riesgo, a lo que hay que añadir la interpretación que los tribunales realicen sobre la necesidad o no de que se haya generado un riesgo, para estimar la responsabilidad objetiva.

En algunos casos, como sucede en el TRLGDCU, se alude directamente al riesgo, cuando en el artículo 11 de la norma de consumidores se establece el *deber general de seguridad*. Se dice, literalmente en su apartado segundo:

*"2. Se consideran seguros los bienes o servicios que, en condiciones de uso normales o razonablemente previsibles, incluida su duración, no presenten riesgo alguno para la salud o la seguridad de las personas, o únicamente los riesgos mínimos compatibles con el uso del bien o servicio y considerados admisibles dentro de un nivel elevado de protección de la salud y seguridad de las personas"*¹⁰⁰⁷.

Alusiones al riesgo que también podemos entrever - no tan directamente - en las normas del Código Civil sobre responsabilidad por daños causados a terceros por animales (art. 1905 CC) y por otros motivos que se regulan en los artículos siguientes. Pero, aunque en estos casos, somos capaces de identificar el riesgo como elemento para que surja la responsabilidad (el animal), no desaparece o se desvanece del todo la culpa, pues si nos fijamos en los daños causados por el animal, responderá de ellos su poseedor según la literalidad del Código Civil *aunque se le escape o extravíe*, cuestión que se ha podido entender como inexistencia de culpa, pero que nosotros nos decantamos por definir como una situación negligente o como una *culpa in vigilando* del responsable del animal, que tenía el deber de evitar que se le escapara o extraviara y pudiera causar daños a terceros.

¹⁰⁰⁶ REGLERO CAMPOS, L. Fernando, *op. cit.* Pág. 281.

¹⁰⁰⁷ Subrayado del fragmento propio.

Esta división en parcelas de riesgo específico (o concretado en normas que justifican que se diluya la culpabilidad), fue analizada por MEDINA ALCOZ:

*"téngase en cuenta que la diferenciación conceptual entre la responsabilidad subjetiva y la objetiva constituye una mera convención terminológica útil para una comprensión inmediata, pero técnicamente distorsionadora. Y esto porque, no filosóficamente, sino jurídicamente hablando, tan subjetiva es una responsabilidad civil como la otra, porque se trata, en todo caso, de que hay que responder de los daños debidos a una actuación propia (personal) y tan propia es la causación del daño en un caso como en el otro"*¹⁰⁰⁸.

La autora, señala, que en realidad, la existencia de unos riesgos previstos en normas fuerzan a que se prescinda de la culpa, pero no que ella no exista, sino que sea irrelevante, argumento que compartimos¹⁰⁰⁹.

Pese a lo expuesto sobre la idea de responsabilidad objetiva como *excepción* de la subjetiva en el inicio del presente apartado, hay autores como NAVARRO MENDIZÁBAL Y VEIGA COPO, que observan que la existencia de una evolución hacia la responsabilidad objetiva para que, en todo caso, los daños queden siempre resarcidos pues este sería el nuevo objetivo¹⁰¹⁰. También VENTAS SASTRE considera que es necesario cambiar de paradigma para superar los problemas probatorios de la responsabilidad por culpa¹⁰¹¹.

Personalmente no coincido del todo con la totalidad de las ideas expuestas, especialmente con las afirmaciones tan directas sobre el cambio de paradigma que está

¹⁰⁰⁸ MEDINA ALCOZ, María, "El debate histórico de la subjetividad *versus* la objetividad de la responsabilidad civil en Francia y su proyección en España. El equilibrio de su convivencia actual en el derecho español" en GONZÁLEZ PORRAS, José Manuel y MÉNDEZ GONZÁLEZ, Fernando P. (coords.), *Libro homenaje al profesor Manuel Albaladejo García*. Vol. II. Ed. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España y Servicio de Publicaciones de la Universidad de Murcia. 2004. Murcia. Págs. 3233.

¹⁰⁰⁹ Y que también encontramos en la obra de DE VERDA Y BEAMONTE. *Vid.* DE VERDA Y BEAMONTE, José Ramón, "La responsabilidad derivada de a cirugía estética en la jurisprudencia actual (de obligación de resultado a obligación de medios): consideraciones críticas" en *Revista de Derecho Patrimonial*. Núm. 36. Ed. Aranzadi. 2015. Cizur Menor. Págs. 93 - 126.

¹⁰¹⁰ Señalan los autores: "*la evolución hacia la RC objetiva se produce tanto en la legislación como en la jurisprudencia. Incluso más allá, desde el punto de vista social, se van alterando percepciones que van desde el <<no hay responsabilidad sin culpa>>, hasta <<que todo daño quede resarcido>>. Se pasa de una RC basada en la culpa a otra centrada en la víctima y en la injusticia que supondría que tuviera que pechar con el daño con un silencio jurídico*". NAVARRO MENDIZÁBAL, Íñigo A., y VEIGA COPO, Abel B., *op. cit.* Págs. 270 y 271.

¹⁰¹¹ VENTAS SASTRE, Rosa, "De la responsabilidad por culpa a la responsabilidad objetiva: la necesidad de un cambio de paradigma" en *Actualidad Jurídica Aranzadi*. Núm. 807/2010. Tribuna. Pág. 11.

sucediendo¹⁰¹², pues tras años de estudiar la responsabilidad sanitaria, yo observo prácticamente la tendencia opuesta (*el retorno a la supremacía de la culpa*), cuando menos en el concreto caso de la responsabilidad de los médicos, pues aunque hubo una época en la que sí se priorizaba la indemnidad de la víctima y se llegó casi a objetivar la responsabilidad a base de presumir la culpa del profesional (especialmente en los casos de medicina de satisfacción), se está volviendo a posturas muy culpabilísticas sin que quepa ningún género de duda sobre el viraje que ha dado especialmente la jurisprudencia, y más concretamente en los casos de responsabilidad sanitaria, con independencia de que sean responsabilidades de tipo contractual o extracontractual.

Sobre la responsabilidad objetiva, GALÁN CORTÉS, coincidiendo con lo que refieren otros autores, señala que "*el papel encomendado a la teoría de la imputación objetiva es el de suministrar criterios que permitan guiar correctamente el proceso de ponderación entre las distintas causas concurrentes, a fin de determinar la posible responsabilidad civil*"¹⁰¹³, es decir, que lo que se precisará para esta responsabilidad son los criterios de imputación sin culpa, a los que venimos haciendo constante alusión y que son los protagonistas de los epígrafes que se siguen a continuación, donde se analizará desde la presunción de culpa, como teoría *cuasi objetiva* hasta los criterios más comúnmente utilizados para prescindir de la culpa.

Sin embargo, antes de proceder a ese estudio pormenorizado de los distintos criterios de imputación objetiva - y también los de responsabilidad *cuasi* culposa -, y ver concretamente cuál de ellos consideramos que se da más frecuentemente en nuestros actos objeto de estudio; consideramos muy relevante resaltar una consideración personal al respecto de la responsabilidad objetiva y los actos médicos de satisfacción, que parte de una idea señalada ya hace veinte años por DÍEZ MARTÍNEZ¹⁰¹⁴. La obligatoriedad del resultado ha caminado muy estrechamente vinculada a la responsabilidad objetiva, es por ello que cuando se ha entendido que las obligaciones del médico eran de

¹⁰¹² Otra cosa es mi opinión sobre la necesidad de que suceda, en cuyo caso sí que encuentro más puntos de conexión, especialmente en casos como los que analiza VENTAS SASTRE, por cuanto hay ciertas ocasiones en que la prueba de la culpa, o mejor la imposibilidad de probarla, pasa a ser la vía de escape de los sujetos que han generado daños, y creo que sí podría tener sentido construir una estructura con todas las garantías legales y procesales, para que se pudiera acudir a ella de forma más unánime y estable, en vez de luchar por la aplicabilidad de las presunciones, terreno ciertamente pantanoso.

¹⁰¹³ GALÁN CORTÉS, Julio César, (5ª edición), *op. cit.* Pág. 511.

¹⁰¹⁴ DÍEZ MARTÍNEZ, Ana, "Últimos criterios jurisprudenciales en materia de responsabilidad civil derivada de la asistencia médico-sanitaria" en *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*. Vol. III. Parte Estudio. 1996. Cizur Menor. Págs. 161 - 198. Id. Aranzadi: BIB 1996\52.

resultado, se ha prescindido de la prueba de la culpa, o directamente se ha objetivado la responsabilidad, si se podía interpretar que, en el caso concreto, no se había cumplido con el resultado prometido o convenido.

Por ello, ahora que, como vimos¹⁰¹⁵, la jurisprudencia se niega a aceptar que los profesionales médicos puedan prometer resultados a sus clientes, se vuelve a la responsabilidad subjetiva a pasos agigantados (o más bien, se vuelve a necesitar la prueba de la culpa, que antes se presumía al observar la falta de obtención del resultado pretendido). Decía DÍEZ MARTÍNEZ que:

*"en los últimos años tiende a resaltarse la diferencia existente entre la medicina curativa y la que persigue fines distintos (embellecimiento del cuerpo humano o control de la función de procreación, fundamentalmente), distinción que se pretende hacer efectiva de modo especial a estos efectos indicados de la oposición entre obligaciones de actividad y de resultado. (...) cuando el médico realiza una operación de cirugía estética (...) asume el compromiso de alcanzar un determinado resultado, de modo que el fracaso en tal consecución determina, sin necesidad de probar su culpabilidad, su responsabilidad, salvo que él pruebe la concurrencia de fuerza mayor, caso fortuito o culpa del enfermo"*¹⁰¹⁶.

Esta afirmación encuentra sustento, según la propia autora, en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias de 28 de octubre de 1993¹⁰¹⁷, que en su Fundamento de Derecho Cuarto, establece:

"la operación a la que fue sometida la joven Silvia J. no puede decirse que tuviera una finalidad curativa, ni que fuera realmente ineludible o necesaria. Se trata más bien de una operación de cirugía estética, en la que prima la obligación de obtener el resultado propuesto. Si tal resultado no se consigue satisfactoriamente y, en su lugar, se producen deformaciones y secuelas invalidantes debe ser el médico, o la entidad que ordenó la intervención, quien debe probar que el resultado prometido se frustró por causa de fuerza mayor, caso fortuito o por culpa de la víctima".

Basándose en las ideas recogidas en la cita, se alteró el fallo de la primera instancia que había desestimado las pretensiones de la víctima por falta de pruebas sobre la culpabilidad de la demandada.

¹⁰¹⁵ Vid. Capítulo III. 4.3.c).

¹⁰¹⁶ DÍEZ MARTÍNEZ, Ana, *op. cit.* Pág. 16 (de la versión digital disponible en Aranzadi: BIB 1996\52).

¹⁰¹⁷ Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias, Sección Quinta, de 28 de octubre de 1993. Ponente D. Francisco Luces Gil. AC\1993\2118.

5.1. La presunción de culpa

La presunción de culpa no es un criterio de imputación objetiva, sino una práctica que se ha llevado a cabo en múltiples ocasiones durante procedimientos de responsabilidad civil en los que, fruto de esta argumentación y figura jurídica, el resultado que se obtiene en dicha presunción, prescinde de la prueba de la culpabilidad del causante del daño.

Según YZQUIERDO, podemos encontrar esta presunción de culpa en el propio CC, pues *"en el art. 1903 ya existía, desde la promulgación del Código Civil, una presunción legal de culpa"*¹⁰¹⁸, concretamente en el apartado 6º que establece *"la responsabilidad de que trata este artículo cesará cuando las personas en él mencionadas prueben que emplearon toda la diligencia de un buen padre de familia"*, pues mientras no se pruebe que se ha actuado con la diligencia de un buen padre de familia, se será responsable en los casos que el propio artículo 1903 CC recoge. También señala YZQUIERDO que la redacción del artículo 1253 CC, antes de que fuera derogado y traducido en el actual artículo 386 de la LEC, permitía el juego de las presunciones no establecidas por la ley, por lo que, el juzgador, viendo los hechos, puede acudir a la presunción de la culpa, si *"entre el hecho demostrado y aquel que se trate de deducir"* hay un *"enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano"*¹⁰¹⁹.

La presunción de culpa es una herramienta que permite proteger a la víctima, estableciendo los elementos que faltan y otorgando una indemnización por responsabilidad civil, es decir, que ante una situación en la que no se haya probado suficientemente la culpa o el dolo, se prescinde o se presume, entendiendo que sin esa culpa o dolo no hubiera sucedido el daño, y se condena como si sí hubiera sido probado. Es una *fictio iuris* en toda regla, que será vista de contrario como una vulneración de la seguridad jurídica y como una condena arbitraria, y que tiene su razón de ser en la voluntad de que la víctima sea resarcida del daño padecido.

¹⁰¹⁸ YZQUIERDO TOLSADA, Mariano (2016), *op. cit.* Pág. 251.

¹⁰¹⁹ Redacción original del artículo 1253 CC: *"Para que las presunciones no establecidas por la ley sean apreciables como medio de prueba, es indispensable que entre el hecho demostrado y aquel que se trate de deducir haya un enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano"*.

La presunción de culpa es ya una figura o instrumento jurídico muy antiguo y, se dio en la paradigmática Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de abril de 1963¹⁰²⁰ que estableció que *"la consideración de indefensión de la víctima al presente un niño que por su corta edad no puede discernir la peligrosidad de tocar o alcanzar el cable desprendido, así como la dificultad de la prueba, que coloca en situación de inferioridad al demandante contradiciendo los principios de equidad que deben presidir la realización de la justicia, todo lo cual aconseja dar cabida al principio de expansión a la apreciación de la prueba en beneficio del más débil, cuando puede deducirse, que no se hubiera causado el daño si el demandado hubiera adoptado las precauciones debidas y hoy exigibles corrientemente para la prevención de accidentes por rotura o desprendimiento de la línea, consistentes en la instalación del cable fiador"*.

También dice la Sentencia que *"cuando las garantías adoptadas conforme a las disposiciones legales, para precaver y evitar los daños previsibles y evitables, no han ofrecido resultado positivo, revela la insuficiencia de los mismos y que faltaba algo que prevenir, no hallándose completa la diligencia, consecuencia de la aplicación de la responsabilidad extracontractual regulada en los artículos 1902 y sigts. del C.civ., de la teoría de la culpa contractual prevista en el art. 1104 del propio Cuerpo legal, en el que no solo se exige diligencia simple, sino la que derive de la naturaleza de la obligación y corresponda a las circunstancias de personas, del tiempo y del lugar"*¹⁰²¹. Como vemos, se vincula esta presunción de culpabilidad con una cierta alusión al riesgo, que podría haberse evitado si el que fue considerado responsable hubiera sido más cuidadoso en su proceder y se presume su culpabilidad, porque el daño se ha producido sin que su diligencia haya podido evitarlo.

Esta figura está relacionada con la idea de prueba *ex re ipsa* o *prima facie*, y tal y como señalan NAVARRO MENDIZÁBAL Y VEIGA COPO el significado de estos aforismos es que *"resulta evidente que, ante un daño, es más fácil presumir la negligencia de quien lo ha causado que su diligencia"*¹⁰²², por lo que conviene quitarle

¹⁰²⁰ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 5 de abril de 1963. Ponente D. Mariano Gimeno Fernández. RJ\1963\1956. Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi. Tomo XXX. Volumen I. Año 1963. Págs. 1211 y 1212.

¹⁰²¹ STS 1963 (RJ\1963\1956), considerando 3º de los que se recogen en el Tomo de Jurisprudencia Aranzadi de 1963. Pág. 1211.

¹⁰²² NAVARRO MENDIZÁBAL, Íñigo A. y VEIGA COPO, Abel B., *op. cit.* Pág. 273.

la carga de la prueba a la víctima, bien presumiendo la culpabilidad o bien invirtiendo la carga probatoria. Según los autores, todo ello tiene su base en el *criterio de proximidad o facilidad probatoria*.

Sin embargo, tal y como comenta muy acertadamente ELIZARI *"la responsabilidad civil médica ha sido tradicionalmente una excepción a este criterio jurisprudencial de presunción de la culpa del autor del daño (...). El TS ha declarado hasta la saciedad, que en materia de responsabilidad civil médica no cabe objetivación de la responsabilidad, ni opera la inversión de la carga de la prueba, debiendo probar el paciente la culpa del facultativo, así como el nexo causal entre dicha actuación y el daño"*¹⁰²³.

También YZQUIERDO, observó esta peculiaridad de la responsabilidad sanitaria y señaló que, *"no es que ésta [la negligencia médica] no participe de las fórmulas generales que apuntan hacia la objetivación, pero sí se puede decir que los tribunales son aquí mucho más cautelosos, cosa de la que hay que felicitarse"*¹⁰²⁴, sin embargo en nuestra opinión, aun entendiendo que la responsabilidad objetiva estaba protagonizando un auge absolutamente desmesurado en el momento en que YZQUIERDO afirmó lo citado, nosotros consideramos que la dificultad probatoria en el caso de la responsabilidad médica (asistencial y voluntaria) es tal, que sí que debería, cuando menos, intentar que el perjudicado no quede sin lograr la reparación por falta de posibilidad probatoria.

El propio YZQUIERDO en 2001, 2015 y 2016, recoge que, pese a la negativa aparente de objetivar la responsabilidad de los médicos y centros médicos y hospitalarios, en realidad existen varias fórmulas para *"suavizar un esquema probatorio que, como el apuntado, pone las cosas muy difíciles a todo paciente damnificado que pretenda demandar una responsabilidad por daños"*¹⁰²⁵, una de ellas es observar la mayor facilidad probatoria, tal y como hemos indicado anteriormente y la otra es la que atiende al resultado y se presenta como culpa virtual o resultado desproporcionado, que será analizado en el apartado siguiente.

¹⁰²³ ELIZARI URTASUN, Leyre, *El daño desproporcionado en la responsabilidad de los médicos y los centros sanitarios*. Ed. Tirant lo Blanch - Monografías 811. 2012. Valencia. Págs. 57 - 58.

¹⁰²⁴ YZQUIERDO TOLSADA, Mariano (2001), *op. cit.* Pág. 228.

¹⁰²⁵ YZQUIERDO TOLSADA, Mariano (2016), *op. cit.* Pág. 265.

5.2. La teoría del daño desproporcionado - *Res Ipsa Loquitur*

La teoría del daño desproporcionado, también expresada por el aforismo *res ipsa loquitur* (las cosas hablan por sí mismas), es una doctrina de carácter jurisprudencial que sirve, del mismo modo en el que sucedía con la presunción de culpa, para prescindir o suavizar la idea de culpa, especialmente ante situaciones en las que el perjudicado se encuentra en una posición de menor facilidad probatoria o, fundamentalmente cuando el daño es tan desproporcionado en atención a la práctica que se había acordado que, es innecesario que se demuestre la culpa del sujeto que realizó el acto.

La teoría del daño desproporcionado aparece recogida por vez primera en la STS de 2 de diciembre de 1996¹⁰²⁶, y, según ha señalado ELIZARI URTASUN, "*desde que surgió en 1996, esta doctrina de creación jurisprudencial ha sido alegada en multitud de demandas, y el TS se ha pronunciado al respecto en numerosas sentencias*"¹⁰²⁷.

Es una doctrina que ayuda a las víctimas de negligencias médicas a superar el desequilibrio existente en la materia probatoria, por ello está en el camino hacia la *objetivación* de la responsabilidad, porque no omite la teoría culpabilística, pero exonera la necesidad de que sea probada la culpa del causante del daño, que pasa a presumirse, por la magnitud del daño, que sí deberá probarse. En origen surge como una doctrina jurisprudencial que asiste al paciente que no puede probar lo sucedido en la intervención de la que se deriva un daño aparentemente desproporcionado en relación con la sencillez y la entidad de la misma.

Sin embargo, la doctrina del daño desproporcionado, pese a ser una doctrina bastante utilizada desde que se recogiera por primera vez en la referida STS de 1996, no está generando mayor seguridad jurídica dado que - pese a que ya casi han transcurrido veinte años desde sus primeras apariciones -, hay aspectos básicos de la teoría que no han quedado aun claramente definidos. Tal y como señala ELIZARI URTASUN, aún no queda claro "*a qué elementos de la responsabilidad civil afecta, y cuál es la naturaleza del daño desproporcionado. En este sentido, se ha situado en el ámbito de la culpa, calificándolo como una presunción y como inversión de la carga de la prueba, así como en la órbita del nexo causal y recientemente en la imputación objetiva.*

¹⁰²⁶ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 2 de diciembre de 1996. Ponente D. José Almagro Nosete. RJ\1996\8938.

¹⁰²⁷ ELIZARI URTASUN, Leyre, *El daño desproporcionado en la responsabilidad de los médicos y los centros sanitarios*. Ed. Tirant lo Blanch - Monografías 811. 2012. Valencia. Pág. 14.

*También la ha definido el TS como aplicación de los principios de facilidad y disponibilidad probatorias del artículo 217.7 LEC y por tanto encuadrada dentro de las normas sobre carga de la prueba. Estas diversas ubicaciones condicionan la vía de acceso de la doctrina del daño desproporcionado al recurso de casación, así como su verdadera utilidad, y tienen una indudable repercusión práctica"*¹⁰²⁸.

La jurisprudencia¹⁰²⁹ y la doctrina¹⁰³⁰ coinciden en señalar que “*el profesional médico debe responder de un resultado desproporcionado, del que se desprende la culpabilidad del mismo, que se corresponde a la regla “res ipsa loquitur” (la cosa habla por sí misma)*”¹⁰³¹. Así, si se aplica la teoría del daño desproporcionado, el profesional médico debe probar que el daño no es fruto de su actuar, tratar de exonerarse, dado que está situado en una posición mucho más ventajosa que la víctima y que, fruto del resultado de su intervención, se presume su responsabilidad.

Un resultado desproporcionado debe entenderse como un resultado inesperado, no deseable, ni imaginable *a priori*, esto es, algo con lo que no se contaba en el momento previo a una actuación. Y aunque de existir el mismo podrá invocarse esta teoría y el perjudicado no tendrá necesidad de probar la culpa, sí que debe, previamente probarse que el resultado es desproporcionado, por lo que no exime de cierta carga probatoria al perjudicado, sino que simplemente la limita.

ELIZARI URTASUN, en una opinión que compartimos por completo, señala que cuando nos situamos delante de esta herramienta doctrinal “*deberemos empezar por examinar, pues, no la conducta médica y su adecuación a la <<lex artis>>, sino cuál es el resultado de la intervención médica y si lo podemos calificar de*

¹⁰²⁸ ELIZARI URTASUN, Leyre, *cit supra*. Pág. 14 - 15.

¹⁰²⁹ Especialmente las Sentencias del Tribunal Supremo de 2 de diciembre de 1996 (RJ\1996\8938) y 29 de junio de 1999 (RJ\1999\4895), que se trataran en el presente apartado del estudio.

¹⁰³⁰ Principalmente destacable es el trabajo *El Resultado Desproporcionado en Medicina: Problemática Jurídica, Teórica y Práctica* de D^a Aurelia María ROMERO COLOMA; y la monografía *El daño desproporcionado en la responsabilidad de los médicos y los centros sanitarios* de D^a Leyre ELIZARI URTASUN, que obran ambas en la bibliografía y sin las que no hubiera podido esclarecer los misterios de esta teoría que el Sumo Tribunal utiliza a su parecer y sin ningún tipo de estructura lógica; aunque la relevancia de la teoría hace que otros muchos autores también la observen como sucede con GALÁN CORTÉS o con YZQUIERDO TOLSADA, realmente relevantes ambos en el estudio de la responsabilidad civil sanitaria y general, respectivamente.

¹⁰³¹ ROMERO COLOMA, Aurelia M^a, *El Resultado Desproporcionado en Medicina: Problemática Jurídica, Teórica y Práctica*. Colección: Scientia Iurídica. 2007 Madrid – Reus. Página 10

<<desproporcionado>> aplicaremos los beneficios de esta doctrina. Por eso resulta tan importante definir qué se entiende por resultado desproporcionado"¹⁰³².

La *teoría del resultado desproporcionado*, también se conoce como teoría de la *culpa virtual*¹⁰³³ y surge de la observación de los casos, operando del siguiente modo: si se actúa diligentemente y dentro de unas pautas y criterios jamás acontece un resultado así – negativo –. El hecho de que en el caso concreto el resultado sea dañoso presupone la existencia de una conducta negligente. O lo que es lo mismo, el daño, por sus características, presupone la existencia de culpa en el médico.

Como presunción, tanto la “*faute virtuelle*” como *el resultado desproporcionado*, son presunciones *iuris tantum*, pero será el profesional médico quien *deberá probar de forma suficiente* que la causa del resultado desproporcionado queda fuera de su esfera de actuación. En la práctica jurídica habitual, la aplicación en los tribunales de la teoría *res ipsa loquitur* provoca una inversión de la carga probatoria, por la que el médico debe descargarse de culpa, intentando demostrar su buen hacer o la existencia de caso fortuito o de fuerza mayor.

Señala muy pedagógicamente ELIZARI URTASUN que, en múltiples sentencias el Tribunal Supremo ha añadido algún calificativo más - además de desproporcionado - al daño (o resultado), como por ejemplo "<<desmesurado y desproporcionado y en modo alguno esperado>> (STS 7-10-2004¹⁰³⁴), <<daño desproporcionado o inexplicable>> (STS 5-1-2007¹⁰³⁵), o <<daño desproporcionado o resultado clamoroso>> (23-10-2008¹⁰³⁶)"¹⁰³⁷. Sin negar que obviamente sería más deseable que nuestro Alto Tribunal utilizase siempre la misma terminología a la doctrina en concreto a la que nos referimos, deberemos entender estas y cualesquiera terminologías que los Tribunales puedan utilizar para el asunto que estamos tratando como sinónimas.

¹⁰³² ELIZARI URTASUN, Leyre, *cit supra*. Pág. 18.

¹⁰³³ La Teoría de la Culpa Virtual proviene del derecho francés y Alemán – donde se acuñaron los términos “*faute virtuelle*” y “*anscheinsbeweis*” respectivamente.

¹⁰³⁴ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 7 de octubre de 2004. Ponente D. Antonio Romero Lorenzo. RJ\2004\6229.

¹⁰³⁵ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 5 de enero de 2007. Ponente D. Juan Antonio Xiol Ríos. RJ\2007\552.

¹⁰³⁶ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 23 de octubre de 2008. Ponente D. Jesús Corbal Fernández. RJ\2008\5789.

¹⁰³⁷ ELIZARI URTASUN, Leyre, *cit supra*. Pág. 18.

Podemos estar ante resultados no deseados, que no son desproporcionados¹⁰³⁸, incluso podemos estar ante resultados inexactos que conlleven otros daños y lesiones – físicas y psicológicas – que no son resultados desproporcionados.

Un resultado desproporcionado es algo de una magnitud tal en relación con los riesgos inherentes a la intervención, que puede presumirse la culpabilidad del profesional si éste último no consigue probar que el resultado se debe a un caso fortuito o a otro factor externo a su actuar, como podría ser también la culpa de la víctima.

Desgraciadamente en la jurisprudencia encontramos ejemplos de situaciones donde no se ha utilizado el *res ipsa loquitur* pese a que pareciera que el asunto mereciera una aplicación por la Sala¹⁰³⁹.

La prueba que deberá realizar el médico, no es más que la demostración de su sujeción a la *lex artis ad hoc*. Sin embargo, es fundamental la existencia de la teoría del resultado desproporcionado por cuanto permite al sujeto lesionado actuar y reclamar, según pauta ROMERO COLOMA “*si, a consecuencia de la intervención quirúrgica realizada, el paciente sufre un daño que, en principio es ajeno al ámbito de la propia intervención, cabe pensar que algo ha fallado y la delimitación de la relación de causalidad es, precisamente, lo que nos va a dar la pauta a seguir en estos casos*”¹⁰⁴⁰.

La teoría del resultado desproporcionado y lo que conlleva – principalmente, como ya se ha mencionado, una presunción de culpabilidad del profesional médico – no debe confundirse con la objetivación de la culpa civil - aunque tienda hacia a ella -, ni

¹⁰³⁸ A modo de ejemplo, un resultado desproporcionado es contratar una rinoplastia para corregir una desviación de tabique que resulte con la amputación de toda la nariz, y necrosis en otras zonas próximas a las intervenidas. Sin embargo, la necrosis de los pezones tras las intervenciones de aumento de pecho, no son un resultado desproporcionado, por cuanto son un riesgo típico de la intervención, especialmente cuando además de aumentar el busto, se reposicionan los pezones.

¹⁰³⁹ Ejemplo de ello lo encontramos en los autos de la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 28 de junio de 1997 (Ponente D. Francisco Morales Morales. RJ\1997\5151 - ya referida anteriormente)-, donde se juzga en casación un asunto en el cual fallece un paciente-cliente tan solo dos días después a someterse a un “lifting” facial, consecuencia de la existencia de errores en el post operatorio, a lo que se sumó una deficiente información y otros errores concadenados. El Tribunal da la razón a los herederos del intervenido, pero no acude a la *teoría del daño desproporcionado* sino que culpa al cirujano estético de no preparar correctamente el post-operatorio del paciente, recordando que el *buen actuar médico* no termina con la intervención, sino que debe continuar el seguimiento de su paciente (en este caso cliente) hasta su perfecta recuperación y alertar a su equipo de las posibles incidencias que pueden preverse para el concreto intervenido.

¹⁰⁴⁰ ROMERO COLOMA, Aurelia M^a, *El Resultado Desproporcionado en Medicina: Problemática Jurídica, Teórica y Práctica*. Colección: Scientia Iurídica. 2007 Madrid – Reus. Página 19.

tampoco debe considerarse como un sinónimo de necesidad de indemnizar siempre que el resultado de su intervención no se ajuste a la voluntad del intervenido. Pues no se abandona la necesidad de que haya una culpa del causante del daño, es solo que se presume que existe esa culpa, como sucedía con la presunción de culpa analizada anteriormente.

Para poder alegar procesalmente la regla “*res ipsa loquitur*” y por ende, reclamar responsabilidad civil del médico sin demostrar la culpa, es necesario que concurran los siguientes requisitos:

- Que exista un daño, que además debe ser de tal entidad que normalmente no se produzca sin conducta negligente. Esto es, que de la gravedad del daño sea deducible una negligencia.

- Que el daño o evento dañoso surja de la esfera de control del profesional médico, aun sin saber exactamente, porque motivo surgió el daño, o el resultado desproporcionado.

- Que no pueda imputarse el daño a la culpa de la propia víctima¹⁰⁴¹.

Si se dan estos requisitos, previamente indicados, el Juzgado que se encargue del asunto decidirá si cabe aplicar entonces la teoría del daño desproporcionado, según la cual, la víctima – o en el peor de los casos sus familiares –, no deberán demostrar la culpa, sino simplemente la existencia de daño y su desproporción. El juez solicitará al demandado que “se descargue” de culpa, demostrando con los medios de prueba de los que disponga, que no cabe imputársele a él el grave resultado, bien por ser un caso de caso fortuito o fuerza mayor, bien por la culpa de la víctima.

En la mayoría de ocasiones acontece si se logra un resultado muy extraño y gravoso en relación con la entidad de la intervención que se estaba realizando. Sin embargo, no siempre se observa si el daño, pese a ser de mucha entidad era algo previsible o típico en la intervención en concreto.

¹⁰⁴¹ Y en los casos de los *actos médicos de satisfacción*, no puede alegarse la falta de necesidad de la intervención como criterio de imputación de la culpa del intervenido, por hacerlo voluntariamente. La culpa de la víctima se podrá observar cuando por acciones u omisiones propias se produzca el daño, activamente, no por el mero dejarse intervenir.

Es el caso que analiza la Sentencia del Tribunal Supremo, de 29 de junio de 1999¹⁰⁴², donde una extirpación de vesícula biliar, que en el momento en que se realizó, ya se entendía como un actuar médico "sencillo" acabó con resultado de fallecimiento del intervenido. En la referida STS, en el Fundamento Jurídico Segundo se establece literalmente que:

"(...) sobre el daño desproporcionado, del que se desprende la culpabilidad del autor (...) que corresponde a la regla <<res ipsa loquitur>> (la cosa habla por sí misma) que se refiere a una evidencia que crea una deducción de negligencia y ha sido tratada profusamente por la doctrina angloamericana y a la regla del <<Anscheinsbeweis>> (apariencia de prueba) de la doctrina alemana y, asimismo, a la doctrina francesa de la <<faute virtuelle>> (culpa virtual); lo que requiere que se produzca un evento dañoso de los que normalmente no se producen sino por razón de una conducta negligente, que dicho evento se origine por alguna conducta que entre en la esfera de la acción del demandado aunque no se conozca el detalle exacto y que el mismo no sea causado por una conducta o una acción que corresponda a la esfera de la propia víctima"(FJ 2º - 2).

El Tribunal continúa estableciendo que:

"En el caso presente, una mujer relativamente joven (44 años) se somete a una operación relativamente sencilla (extirpación de la vesícula biliar) y fallece de una parada cardiorrespiratoria, sin que el centro médico dé la más mínima explicación coherente sobre ello. Es un resultado desproporcionado, la cosa habla por sí misma (<<res ipsa loquitur>>) y hay clara apariencia de prueba (<<Anscheinsbeweis>>) de la culpa, culpa virtual (<<faute virtuelle>>) que si no consta la negligencia de médicos concretos, sí aparece, como dice la Sentencia de 2 de diciembre de 1996 (RJ\1996\8938), una presunción desfavorable que pueda generar un mal resultado, cuando éste por su desproporción con lo que es usual comparativamente, según las reglas de la experiencia y el sentido común, revele inductivamente la penuria negligente de los medios empleados, según el estado de la ciencia y las circunstancias de tiempo y lugar, o el descuido en su conveniente y temporánea utilización"¹⁰⁴³.

Como vemos, se utiliza la teoría como forma de imputar negligencia, es decir como método de *culpar* al profesional, por lo que claramente no es una teoría propia de la responsabilidad objetiva al no prescindir de la culpa.

¹⁰⁴² Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 29 de junio de 1999. Ponente D. Xavier O'Callaghan Muñoz. RJ\1999\4895. (Especialmente reseñable es el Fundamento Jurídico Segundo).

¹⁰⁴³ (STS 1999 - FJ 2º - Numeral 2.2). En el mismo sentido que la STS de 2 de diciembre de 1996 (RJ\1996\8938) en su FJ 3º (el subrayado es propio).

Asimismo, se usa como una apariencia probatoria - que en realidad podría ser más bien un motivo para invertir la carga probatoria -, y todo ello en relación con un *resultado* que se valora y califica como desproporcionado por los juzgadores, pero sobre el que sí debe existir prueba suficiente, de la que debe responsabilizarse el perjudicado.

Cuando el daño es extremo (por ejemplo, un fallecimiento o una gran invalidez) y la intervención es muy sencilla (por ejemplo, depilación laser) es más fácil observar la desconexión tan importante entre la intervención profesional y el daño, y por ello es más claro que podríamos estar ante un supuesto de posible aplicabilidad de la teoría del daño desproporcionado médico. Sin embargo, el Sumo Tribunal, ha utilizado la doctrina en intervenciones de mucha más complejidad con resultados graves o menos graves, extraños o no tan extraños, si se analiza el contexto.

Es decir, que lo que parecía que iba a ser como una doctrina para *castigar* los procedimientos médicos que causan daños muy alejados de lo esperado¹⁰⁴⁴, ha acabado usándose para situaciones en lo que *simplemente* los daños han sido muy graves, sin atender a que en algunas situaciones esos daños tan graves podrían *justificarse, o más bien explicarse*, por la entidad de la intervención concreta.

En definitiva, se ha entendido que, debemos estar ante daños o resultados *muy graves*, o bien, ante daños extraños, atípicos, inesperados para el tipo de intervención. La doctrina consultada señala que si se aplica la teoría del daño desproporcionado "*a los resultados simplemente graves supone prescindir totalmente del elemento de la culpa y, en consecuencia, condenar al médico o al centro por la simple producción de un resultado muy grave (...). Así, si se adopta esta primera concepción del daño desproporcionado, la producción de un resultado grave o muy importante, no sólo hace que se presuma la culpa, sino también el nexo causal, al suponer que el grave resultado se debe a la acción del médico y no a otros factores*"¹⁰⁴⁵. Esta segunda es la forma de proceder que la doctrina considera errónea - y la Sala Primera del Tribunal Supremo ha tenido por válida en múltiples ocasiones¹⁰⁴⁶ -, simplemente se fija en la entidad del

¹⁰⁴⁴ La doctrina entiende estos resultados alejados de lo esperado como resultados *atípicos* es el caso de los autores referidos en esta sección, especialmente ELIZARI, que especifica que la desproporción recae en el hecho de que, o bien el resultado sea muy grave o catastrófico, o bien, que sea atípico o extraño. Resultado que se aparta de los resultados conocidos. En nuestra humilde opinión el resultado desproporcionado tanto por la entidad como por la singularidad debería entenderse como atípico.

¹⁰⁴⁵ ELIZARI URTASUN, Leyre, *cit supra*. Pág. 21

¹⁰⁴⁶ Como por ejemplo, en la Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de junio de 1999, que es donde más

resultado. Sin embargo, en multitud de ocasiones en los casos en los que se admite esta desproporción, no se aportan datos empíricos que puedan probar que el resultado fue médicamente desproporcionado, o cuando menos para señalar que es peculiar o muy poco frecuente.

En la aplicación de esta teoría también es fácil caer en el olvido en relación con la justificación de la conducta negligente del médico. Pues del mero resultado ya se señala la aplicabilidad de la teoría, sin atender a que, de aplicarse se estará afectando al *principio culpabilístico* de nuestro sistema de responsabilidad civil y no puede aplicarse sin que se haya probado la existencia de un verdadero daño desproporcionado y sin haber dado al profesional la oportunidad de exonerarse de culpa, probando que se ajustó a la *lex artis ad hoc* o la concurrencia de fuerza mayor, caso fortuito o culpa de la víctima.

Y en cuanto al nexo causal, en muchas ocasiones también se omite, como pasa con la negligencia del profesional. Así, pese a los requiebros jurisprudenciales y argumentativos que el TS realiza en ocasiones para justificar la aplicabilidad de la teoría del daño desproporcionado, y para negar que con su aplicación se produzca la objetivación de la responsabilidad, de facto sí que sucede.

En nuestra opinión, coincidente con la de todos los estudiosos, esta herramienta de atenuación probatoria de la culpa en forma de criterio jurisprudencial, no puede usarse sólo haciendo referencia a la existencia de un daño muy grave.

Entonces, *¿cuándo cabe usar esta teoría?* Parece doctrina ya pacífica la consultada, que vuelve a encabezar y resumir ELIZARI. Para saber si cabe la aplicación de esta teoría debemos observar el resultado y compararlo con otros resultados más frecuentes para el mismo tipo de actuar médico. Se observarán las complicaciones y soluciones más típicas y las que deban considerarse atípicas, extrañas o impropias del actuar. De existir esta diferencia, podrá entenderse que el profesional se ha apartado del proceder evidente y, por ende, podrá opinarse que el médico "ha hecho algo mal"¹⁰⁴⁷.

claramente se observa la objetivación de la culpa por la entidad *desproporcionada* del daño. Y también en la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 8 de mayo de 2003. Ponente D. Xavier O'Callaghan Muñoz. RJ\2003\3890.

¹⁰⁴⁷ ELIZARI URTASUN, Leyre, *cit supra*. Pág. 24

Coincide con los argumentos expuestos y resume a modo de cierre, BELLO JANEIRO cuando señala que:

*"(...) la doctrina jurisprudencial sobre el daño desproporcionado (aunque, de nuevo, no sin discrepancias) de la que se desprende la culpabilidad del autor de acuerdo con la regla Res Ipsa Loquitur (la cosa habla por sí misma) que se refiere a una evidencia que crea una deducción de negligencia (...) lo que requiere que se produzca un evento dañoso de los que normalmente no se producen sino por razón de una conducta negligente y que dicho evento se origine por alguna conducta que entre en la esfera de la acción del demandado aunque no se conozca el detalle exacto"*¹⁰⁴⁸.

Así pues, parece que toda la doctrina consultada acaba estableciendo que la referida teoría debe entenderse como una presunción dentro del derecho práctico. Sin embargo, parece ingenuo hacer esa afirmación y pasar por alto la crítica que debemos realizar al TS por la falta de rigor en la aplicación de la regla *res ipsa loquitur*.

Y es que como muy acertadamente señala ASÚA GONZÁLEZ:

*"no parece, sin embargo, que éste (la presunción judicial con efecto de invertir la carga probatoria) sea el real efecto y funcionamiento que se atribuye siempre a la teoría del daño desproporcionado. Lo dicen expresamente recientes sentencias del Tribunal Supremo: <<ello, en buena técnica, permite no ya deducir la negligencia, ni establecer directamente una presunción de culpa, sino aproximarse al enjuiciamiento del agente a partir de una explicación cuya exigencia se traslada a su ámbito>> (STS 16 abril 2007¹⁰⁴⁹ y, en el mismo sentido, STS 23 mayo 2007¹⁰⁵⁰). En estas decisiones no se realiza ninguna presunción judicial de culpa; en realidad se recurre a las normas sobre carga de la prueba considerando que la existencia de un daño desproporcionado determina que la culpa no sea carga probatoria del demandante"*¹⁰⁵¹.

En cualquier caso, como finalmente han concluido todos los autores consultados al respecto de esta materia, debemos entender que la teoría del *daño desproporcionado* o *res ipsa loquitur*, ha sido admitida por los aplicadores del derecho tanto como presunción judicial *iuris tantum*, o como elemento determinante de la distribución de la carga probatoria en el proceso. En opinión de VAZQUEZ BARROS, tras analizar la

¹⁰⁴⁸ BELLO JANEIRO, Domingo, *Responsabilidad civil del médico y responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria*. Ed. Reus. 2009. Madrid. Págs. 54 - 55.

¹⁰⁴⁹ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 16 de abril de 2007. Ponente D. Vicente Luis Montes Perales. RJ\2007\4332.

¹⁰⁵⁰ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 23 de mayo de 2007. Ponente D. Vicente Luis Montes Perales. RJ\2007\3273.

¹⁰⁵¹ ASÚA GONZÁLEZ, Clara Isabel *Capítulo XIII, Responsabilidad Civil Médica* en REGLERO CAMPOS, Luis Fernando (Coord.), *Tratado de Responsabilidad Civil. Tomo II - Parte Especial Primera*, ed. Thomson Aranzadi. 5ª edición. 2014. Pamplona. Pág. 373.

práctica jurídica que viene sucediendo desde el año 1996, se considera que *"acreditándose que el resultado en cuestión obedece a una negligencia médica, será ésta la causa insalvable para la imputación de la responsabilidad civil correspondiente al facultativo actuante"*¹⁰⁵². Y es que según los teóricos más vinculados a la práctica jurídica como VÁZQUEZ BARROS, la teoría debe usarse como presunción en los casos en que existen pruebas de la desproporción del daño en relación con la entidad de la intervención y sin que exista caso fortuito ni fuerza mayor, ni tampoco daño de la víctima. *"Con esta variante se eliminan parcialmente los problemas que se dan si consideramos desproporcionado al daño grave o enorme. No se favorece una condena por la sola entidad del daño, sino que se examina el resultado producido y se compara con los conocidos o descritos científicamente"*¹⁰⁵³.

El Voto Particular emitido por el magistrado D. Francisco Marín Castán en la Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 31 de enero de 2003¹⁰⁵⁴ señala la imposibilidad de hablar de resultado desproporcionado cuando en realidad el mismo sea, *simplemente* indeseado o insatisfactorio pero *"encuadrable entre los riesgos típicos de la intervención, esto es, entre las complicaciones que sean posibles aún observando el cirujano toda la diligencia exigible y aplicando la técnica apropiada"*¹⁰⁵⁵.

Como vemos, todo lleva a que sea *"el paciente quien tiene que alegar y probar esta desproporción. Así, el paciente deberá acreditar, mediante prueba pericial, que el resultado no está entre las complicaciones previsibles. Esto desencadena la aplicación de la doctrina del daño desproporcionado y la facilitación probatoria que conlleva para el paciente, pues se presume la negligencia del médico y la relación de causalidad"*¹⁰⁵⁶.

Puede que existan diferencias en el uso de esta teoría de construcción jurisprudencial debido a que es una construcción existente en ordenamientos vecinos y cada jurisdicción la admite con ciertas peculiaridades¹⁰⁵⁷. Aún así, en todos los casos en

¹⁰⁵² VÁZQUEZ BARROS, Sergio, *Op. cit.* Pág. 343 - 344.

¹⁰⁵³ ELIZARI URTASUN, Leyre, *op. cit.* Pág. 24.

¹⁰⁵⁴ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 31 de enero de 2003. Ponente D. Xavier O'Callaghan Muñoz. RJ\2003\646.

¹⁰⁵⁵ Voto Particular de D. Francisco Marín Castán a la STS de 31 de enero de 2003 (RJ\2003\646), Fundamento Tercero, apartado D.

¹⁰⁵⁶ ELIZARI URTASUN, Leyre, *op. cit.* Pág. 31.

¹⁰⁵⁷ Ya se ha señalado, pero nunca está de más concretar que la teoría *Res Ipsa Loquitur* se usa también en Italia, mientras que en Francia se conoce como *"Faute Virtuelle"* y en Alemania como

los que se usa este tipo de construcción lo que se pretende es "*presumir la culpa y el nexo causal a través de la evidencia (res ipsa loquitur), de la anormalidad del resultado (culpa virtual) o de máximas de la experiencia (prueba prima facie) que, en el fondo, encierran la misma idea de que según las reglas de la lógica, o de la experiencia humana, la conducta del médico tuvo que ser negligente para causar ese resultado*"¹⁰⁵⁸.

Así la regla del daño desproporcionado funciona como una regla de presunción *iuris tantum* de la negligencia del médico¹⁰⁵⁹, cuando se observa que tras una intervención el resultado es dañino y atípico. Obviamente es una teoría que puede utilizarse tanto en casos de medicina de curación como de satisfacción. Sin que pueda entenderse que tiene mayor cabida en una que en otra, dado que la voluntariedad de la intervención no es causa de desproporción en caso de que exista un daño.

Para finalizar, y sumándonos en conclusión a la opinión final de ELIZARI, que tras analizar la jurisprudencia de la teoría del daño desproporcionado desde el año 1996 hasta la actualidad, y señalar todos los cambios que se han dado desde que se usara sólo por cuestiones de entidad del resultado, hasta posturas más complejas que atienden a más aspectos para su aceptación, acaba concluyendo "*de acuerdo con el estado actual de la jurisprudencia, entendemos que la doctrina del daño desproporcionado en realidad es una combinación de otros instrumentos ya conocidos: la presunción de culpa de la responsabilidad civil en general y un criterio de probabilidad cualificada en relación a la prueba del nexo causal*"¹⁰⁶⁰. Es decir facilita la demanda de hechos aparentemente producidos por médicos, de igual modo que fuera del ámbito médico existen medios para facilitar la presunción de la culpa que ha causado un tercero a la víctima.

"*Anscheinsbeweis*" o prueba "*prima facie*".

¹⁰⁵⁸ ELIZARI URTASUN, Leyre, *op. cit.* Pág. 84.

¹⁰⁵⁹ Es interesante la discusión doctrinal al respecto de si cabría esta teoría en otros ámbitos de la responsabilidad civil, que no fuera la de los médicos. Sin embargo por escapar del objeto de estudio la dejamos anotada para aquellos que tengan interés. Opinan a favor de que pueda usarse en otros caso de responsabilidad civil no médica Encarna ROCA, Leyre ELIZARI y otros autores.

¹⁰⁶⁰ ELIZARI URTASUN, Leyre, *op. cit.* Pág. 185.

5.3. El factor riesgo

El factor riesgo es, pacíficamente para la doctrina, uno de los factores de imputación de responsabilidad objetiva, sin embargo se estudia desde dos puntos de vista, como *factor riesgo*, y como *criterio del incremento del riesgo*, en el presente apartado, analizaremos los dos.

Para YZQUIERDO el factor riesgo se relaciona con la idea de beneficio y explica que, por ejemplo, el beneficio que obtiene el empresario por su actividad empresarial le vincula, en caso de que se causen daños por los riesgos que introduce en la sociedad su actividad, a reparar los daños con independencia de la culpabilidad o no del empresario¹⁰⁶¹.

Para PANTALEÓN, el *riesgo general de la vida*, justifica que se niegue "*la imputación de aquellos daños que sean realización de riesgos habitualmente ligados a la existencia natural del dañado: tanto los vinculados a formas de actuar que ordinariamente ocurren o que siempre cabe esperar en el normal transcurso de la existencia del afectado, como los que, con independencia de una acción u omisión del dañado desencadenada precisamente por la conducta del responsable, estén ligados de manera muy general a la existencia humana en la forma de sociabilización y civilización correspondientes*"¹⁰⁶².

Aunque *a priori* pueda parecer que PANTALEÓN está diciendo lo contrario que YZQUIERDO, en realidad están definiendo posturas que son, a nuestro entender, complementarias, al estar analizando dos aspectos distintos del riesgo. Lo que sucede es que PANTALEÓN extrae del *factor riesgo* que sí que sirve para ser un criterio de imputación objetiva, los riesgos generales de la vida, que son aquellos en los que el propio afectado incurre, con independencia de la actividad del causante del daño o cuando su propia conducta es la que le daña, mientras que YZQUIERDO está señalando que cuando la conducta de alguien introduzca nuevos riesgos en una situación, si esos riesgos se traducen en daños para terceros, será el responsable, aún sin que haya obrado su culpa.

¹⁰⁶¹ YZQUIERDO TOLSADA, Mariano (2016), *op. cit.* Pág. 289.

¹⁰⁶² PANTALEÓN PRIETO, Fernando, *op. cit.* Págs. 1566 - 1567.

Esta explicación nos lleva al concepto de *incremento del riesgo*, del que GALÁN CORTÉS señala que "*constituye un criterio de imputación cuando la conducta analizada ha incrementado de forma significativa el riesgo, generando de esta forma el evento dañoso, que, con alta probabilidad, no hubiere acontecido de haberse observado una conducta diligente*"¹⁰⁶³. En base a esta opinión, que yo vinculo con la idea que ya he resaltado de YZQUIERDO al respecto del beneficio de la actividad, si la actividad o conducta del causante del daño no incrementa el riesgo no se puede acudir a este criterio de imputación objetiva, pero si lo hace, podría utilizarse para superar la idea de culpabilidad y poder imputar el daño objetivamente al que añadió el riesgo o lo incrementó.

Sobre la posibilidad de aplicación de este criterio de imputación objetiva en los actos médicos de satisfacción con finalidad estética considero que si, por ejemplo, un profesional decide innovar durante la realización de una intervención médica contratada para llevar a cabo una práctica concreta, con el fin de comprobar que es posible obtener el resultado solicitado mediante esa nueva vía que está experimentando, estará introduciendo nuevos riesgos a la intervención contratada y estará incrementando el riesgo, al realizarla de forma distinta a la habitual, aunque es cierto que esta es la forma mediante la cual se ha ido innovando en todo el ámbito científico y sanitario. Los daños ocasionados al particular concreto, que no quería que se innovara con él (o lo desconocía), sino que pretendía un resultado que se hubiera podido obtener mediante el proceso tradicional, podrán ser imputados objetivamente al profesional que incrementó el riesgo¹⁰⁶⁴.

5.4. La equidad

La equidad es el segundo de los criterios de imputación objetiva que analizamos. Sin embargo, no aparece mencionado prácticamente por ninguno de los estudiosos del derecho analizados¹⁰⁶⁵, pero sí que nos parece significativo, por cuanto es el que se da cuando el Juez considera que no puede dejar al perjudicado con su daño, sin que nadie

¹⁰⁶³ GALÁN CORTÉS, Julio César, *op. cit.* Pág. 522.

¹⁰⁶⁴ Además de que en esta hipótesis de cliente o paciente que no quería que se innovara con él o lo desconocía, también es fácil que evidenciamos problemas relacionados con el consentimiento informado.

¹⁰⁶⁵ Sí que lo estudia YZQUIERDO TOLSADA, que ya lo observaba en 2001 (*op. cit.* Pág. 239), aunque ha ampliado su análisis en los años 2015 y 2016 (*op. cit.* (2016) Pág. 290 y 291).

se haga cargo del mismo, por el hecho de que no haya existido "*ni dolo ni culpa ni otro factor de atribución concreto que sirva para imputar la responsabilidad*"¹⁰⁶⁶.

La equidad operará en los *daños involuntarios* y siempre que se considere oportuna apreciarla, pero existirá una pugna sobre si los mismos no son, en definitiva *riesgos generales de la vida*, de los que PANTALEÓN excluía del factor riesgo, analizado anteriormente.

Señala YZQUIERDO que el "*art. 1750 de nuevo Código civil argentino (...) hace responsable <<por razones de equidad>> al autor de un daño causado por un acto involuntario*"¹⁰⁶⁷ y aunque tenemos dudas sobre la adecuación de la norma señalada, pues en España también debemos tener en consideración aquellos riesgos generales de la vida y podría, en la práctica jurídica, ser una herramienta que otorgase demasiado arbitrio a los juzgadores. Lo cierto es que la norma argentina llena un vacío que nosotros también tenemos y donde nosotros tenemos una pugna entre, riesgos de la vida diaria y daños involuntarios a los que debe hacerse frente por este principio de imputación objetiva, por cuanto sería ciertamente *injusto* que el perjudicado, que tampoco quería el daño¹⁰⁶⁸, se hiciera cargo de subsanarlo.

Dentro de nuestro objeto de estudio, un ejemplo de situación de conflicto que pudiera resolverse por equidad (siguiendo el esquema argentino), podría ser aquella en la que el resultado de la intervención no es exactamente conforme a lo pactado, por causa de una imprecisión involuntaria del profesional médico, y solventar el perjuicio es posible para el deudor de la obligación (causante del daño), mediante un reajuste, que debería correr por su cuenta, en virtud de la equidad, para no dejar al perjudicado sin resarcir.

En conclusión, este criterio es el más etéreo y abstracto, y será de aplicación ante daños involuntarios en los que no existe culpa y se considere que debe aplicarse dentro de su "*prudente arbitrio valorativo para que aplique la norma de manera justa y mesurada*"¹⁰⁶⁹.

¹⁰⁶⁶ YZQUIERDO TOLSADA, Mariano, (2016) *op. cit.* Pág. 290.

¹⁰⁶⁷ *Cit. Supra.* Pág. 290.

¹⁰⁶⁸ Cuestión obvia, pero que me parece ajustada resaltar, por cuanto siempre que hablamos de daño involuntario miramos simplemente al que lo causó sin querer, dejando de lado que si éste no quería causarlo, menos quería el afectado que se lo causaran a él.

¹⁰⁶⁹ YZQUIERDO TOLSADA, Mariano, (2016) *op. cit.* Pág. 290.

5.5. La adecuación

El criterio de la adecuación, es el criterio de imputación objetiva que se centra en identificar cuál es la causa que puede ser la adecuada para la imputación del daño, es decir, de qué causa es consecuencia el daño, para así poder responsabilizar a la conducta que creó la causa dañosa.

En palabras de GALÁN CORTÉS, "*no se otorga la misma significación a todos los acontecimientos que hayan precedido a un daño, sino que se asocia el daño a aquel antecedente del mismo que sea causa directa e inmediata según el curso normal de los acontecimientos, considerando que los demás son periféricos e irrelevantes. Se requiere, por tanto, una causa adecuada o generadora del resultado, efectuándose el juicio de imputación en abstracto, de acuerdo con criterios de regularidad o verosimilitud estadística*"¹⁰⁷⁰. Es decir, que no todos los hechos que concurren en el momento de analizar el daño serán adecuados, en el sentido de necesarios para poder identificarlos y responsabilizarlos del daño.

Se vincula la causa adecuada o *causalidad adecuada* a la teoría de la *condicio sine qua non*, es decir, al motivo o hecho sin el que no podría haber sucedido el daño, "*ahora bien, esta condición por sí sola no basta para definir la causalidad adecuada, sino que es necesario, además, que resulte normalmente idónea para determinar aquel evento o resultado, tomando en consideración todas las circunstancias del caso, esto es, que exista una adecuación objetiva entre acto y evento, lo que se ha llamado la verosimilitud del nexo*"¹⁰⁷¹. Esto supone que no sirve con que sea la acción que parece ser más idónea para el evento dañoso, sino que debe ser posible que la causa sea considerada la más adecuada por la valoración del operador jurídico.

Pese a lo expuesto, y la trascendencia que tiene en la actualidad el criterio de adecuación, como uno de los criterios de imputación objetiva, especialmente cuando hay múltiples posibles causas y debe seleccionarse la que más se ajusta a la consecuencia dañosa, hay importantes voces, como la de PANTALEÓN que considera que "*la <<adecuación>> sigue siendo útil para la correcta solución de supuestos de*

¹⁰⁷⁰ GALÁN CORTÉS, Julio César, *op. cit.* Pág. 513.

¹⁰⁷¹ *Cit. Supra.* Págs. 513 y 514.

*curso*s causales completamente irregulares o anormales, que no la encuentren fácilmente mediante los otros criterios de imputación estudiados"¹⁰⁷², pero unas pocas líneas después, como cierre a su análisis a todos los criterios de imputación objetiva, y no solo al de la adecuación, señala que "los criterios de imputación objetiva no son dogmas de contornos perfectamente dibujados, sino tópicos de impreciso halo, en cuanto condensan juicios de valor, a veces contradictorios, y siempre difíciles de aprehender"¹⁰⁷³.

Para nuestro contrato objeto de estudio, el criterio de la adecuación aparece referido, como muy bien señala GALÁN CORTÉS¹⁰⁷⁴, en la Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de octubre de 2005¹⁰⁷⁵, ya comentada anteriormente¹⁰⁷⁶, en la que el Tribunal "utiliza el criterio de la adecuación como criterio de exclusión de la imputación objetiva del resultado dañoso al proceder quirúrgico del demandado"¹⁰⁷⁷. En el caso concreto, la demandante solicita una indemnización por daños y perjuicios tras una intervención estética con láser que pretendía eliminar unas marcas del rostro de la afectada, pero que sin embargo, produjeron una enorme cicatriz, que afeaba la apariencia de la dañada, pero el tribunal considera que la intervención del profesional no es la causa adecuada para imputar responsabilidad, sino que cree que las cicatrices queloides son un riesgo existente en cualquier intervención y no estimó las pretensiones de la demandante.

5.6. La prohibición de regreso

El criterio de la prohibición de regreso es criterio de *no imputación objetiva*, en vez de serlo de imputación, pues lo que hace es impedir que se pueda responsabilizar "a quien puso en marcha el curso causal que condujo al resultado dañoso, cuando en éste interviene sobrevenidamente la conducta dolosa o gravemente imprudente de un

¹⁰⁷² PANTALEÓN PRIETO, Fernando, *op. cit.* Pág. 1590.

¹⁰⁷³ *Cit. Supra.* Pág. 1591.

¹⁰⁷⁴ GALÁN CORTÉS, Julio César, *op. cit.* Pág. 517.

¹⁰⁷⁵ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 21 de octubre de 2005. Ponente D. Jesús Corbal Fernández. RJ\2005\8547.

¹⁰⁷⁶ *Vid.* Capítulo III, apartado 4.3.b).

¹⁰⁷⁷ GALÁN CORTÉS, Julio César, *op. cit.* Págs. 517 y 518 (subrayado propio del fragmento).

tercero, salvo que esa última conducta se haya visto decisivamente favorecida por la del autor mediato"¹⁰⁷⁸.

Este criterio, como hemos visto, se utiliza para la exclusión de los anteriores, por eso hemos considerado oportuno estudiarlo en último lugar, pues su apreciación rompe con la imputación objetiva.

Imaginemos un caso, en el que durante la realización de una cirugía de reducción de la grasa abdominal y eliminación del exceso de piel sobrante (abdominoplastia), un auxiliar agrede al profesional médico que, como consecuencia del golpe recibido, causa un daño con el instrumental que estaba utilizando contra el cuerpo de su cliente, se atraviesan tejidos y se produce una enorme hemorragia y una posterior infección que determinan el fallecimiento del dañado. En este caso, el sujeto que pone en marcha el curso causal es el médico que está realizando la intervención, pero en el resultado dañoso interviene la conducta dolosa del auxiliar. En este caso, aunque el auxiliar no pretendía dañar al sujeto que resultó perjudicado, sino al médico, podríamos decir que *operaría una prohibición de regreso* que debería imposibilitar la responsabilidad del médico, dado que existe un sujeto que es culpable de la muerte del perjudicado.

Pero qué sucedería si, en el mismo ejemplo, durante la intervención el médico no para de insultar al auxiliar y ridiculizarlo, durante la intervención y en presencia del resto del equipo, por su poca experiencia o por su olor corporal, lo que hace que el mismo empuje al profesional. En este caso, en nuestra opinión no debería operar la prohibición de regreso, pues el profesional ha favorecido, o incluso forzado, la conducta dolosa o culposa del tercero (auxiliar) que ha provocado el resultado dañoso, es decir, en nuestra opinión esta situación llevaría a que no pudiera el profesional excluir su responsabilidad alegando la culpa del tercero.

Nuestra opinión coincide con la de GALÁN CORTÉS¹⁰⁷⁹ y con la de XIOL RÍOS, que fue ponente de la Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de febrero de 2006¹⁰⁸⁰, en la que se aplicó la *prohibición de regreso*, con el objetivo de exculpar al segundo de los dos profesionales médicos que intervinieron a una misma paciente. En

¹⁰⁷⁸ GALÁN CORTÉS, Julio César, *op. cit.* Pág 519.

¹⁰⁷⁹ GALÁN CORTÉS, Julio César, *op. cit.* Págs. 519, 520 y 521.

¹⁰⁸⁰ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 14 de febrero de 2006. Ponente. D. Juan Antonio Xiol Ríos. RJ\2006\884.

este caso, el Tribunal estaba resolviendo un caso en que, una mujer fue sometida a un legrado para eliminar un embarazo que no estaba desarrollándose bien y que hacía peligrar la vida de la mujer. Ese legrado no se hizo correctamente, y quedaron restos del embarazo en su interior, posteriormente, fue erróneamente diagnosticado un segundo embarazo, qué en realidad no lo era, y que por la cadena de errores, hicieron que finalmente se extirpara un segmento de la Trompa de Falopio Izquierda, a la perjudicada. Todo ello, acabó provocando a la perjudicada la pérdida de posibilidad de concebir descendencia de forma natural. El Sumo tribunal, resolviendo los recursos de casación de las partes, utiliza la *prohibición de regreso* para exculpar al segundo de los profesionales, al considerar que el motivo que desencadenó los daños (legrado incompleto) era anterior a la aparición del segundo de los doctores (Dr. Hugo) y que su responsabilidad estribaría en no haber comprobado que el anterior profesional había realizado correctamente su intervención, pero ahí se produce la prohibición de regreso pues el daño ya estaba realizado.

En el Fundamento de Derecho Decimosegundo, cuando se habla de la *prohibición de regreso* el Sumo Tribunal expone:

"Este retroceso no es admisible en la labor de integración del nexo causal desde el punto de vista jurídico, que debe realizarse manteniendo un grado de proximidad razonable, aceptable en términos de Derecho, y adecuado a las reglas de experiencia sobre la posibilidad de previsión de las consecuencias, al menos cuando la imputación lo es a título de culpa (arts. 1105 y 1107 CC), entre la conducta o conductas negligentes a las que se anuda la responsabilidad y el resultado dañoso producido –que quiebra cuando existen conductas posteriores de carácter más específico y determinante–, sin cuyo requisito la posible negligencia apreciada en la conducta del agente carece de la necesaria relevancia para dar lugar a la existencia de responsabilidad civil".

En la Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de diciembre de 2009¹⁰⁸¹, también se acude a la prohibición de regreso, en este caso - que también se engloba en la medicina asistencial -, para excluir la responsabilidad de los demandados en un caso de traslado de enfermo de un centro a otro. La prohibición de regreso se utiliza concretamente para excluir la responsabilidad de la empresa de ambulancias responsable del traslado de un centro a otro, dice literalmente la sentencia que:

¹⁰⁸¹ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 18 de diciembre de 2009. Ponente D. José Antonio Seijas Quintana. RJ\2010\293.

"(...) la necesidad de tratamiento neuquirúrgico inmediato no era conocida cuando se le recoge en la ambulancia, pues este conocimiento se alcanza con el TAC que se practica posteriormente, por lo que lo no es posible apreciar una responsabilidad derivada de unos actos médico-asistenciales cuando no podía preverse racionalmente el resultado final acontecido, como tampoco es posible cuestionar el diagnóstico inicial a partir de la evolución posterior del paciente con evidente infracción de la prohibición de regreso que pudiera servir como causa" (FJº 2).

Por lo expuesto debemos reseñar la relevancia de valorar la culpa o dolo de otros agentes, terceros al que inició el curso causal que ha terminado perjudicando al dañado, antes de acudir a la responsabilidad objetiva en atención a otros criterios de imputación objetiva.

5.7. Conclusión: la responsabilidad objetiva y los actos médicos de satisfacción con finalidad estética

Consideramos que en el concreto caso de la responsabilidad ligada a actos médicos de satisfacción con finalidad estética, en los últimos seis o siete años se ha producido una caída muy significativa de las causas que aplican la responsabilidad objetiva, o *cuasi* objetiva - en forma de presunción de culpa, inversión de la carga de la prueba por la facilidad probatoria o la teoría del daño desproporcionado-, contra los demandados.

Este dato coincide con el momento, aproximadamente el año 2009, en que comenzó a imperar la teoría de que los profesionales médicos no pueden comprometerse a lograr resultados concretos en las intervenciones de nuestro objeto de estudio, tal y como analizamos anteriormente¹⁰⁸².

El vínculo que hemos señalado entre la interpretación del contrato y el tipo de responsabilidad que del mismo debe surgir no debe sorprender a nadie, pues frente a un incumplimiento contractual el daño generado a la víctima está tan estrechamente vinculado a la obligación no cumplida, que la culpa del deudor incumplidor prácticamente se demuestra con la prueba del incumplimiento y de la existencia del daño. Lo que ciertamente nos conduce a una situación que en la práctica, cuando menos es de responsabilidad *cuasi objetiva* - donde opera la presunción de culpa -, y en otros

¹⁰⁸² Vid. Capítulo III, apartado 4.3., especialmente el epígrafe c).

casos, la responsabilidad es sin culpa, pues fácilmente admisible alguno de los criterios de imputación objetiva para relacionar el daño con el sujeto que no realizó la conducta contratada, por ejemplo podría aplicarse el *criterio de adecuación*, la no intervención del deudor (o el fracaso en la obtención del resultado) fue la causa más adecuada en la causación del daño a su cliente, que había contratado una intervención médico-estética para poder entrar en el vestido de boda que se había mandado hacer de forma tal que se ajustara perfectamente a sus futuras medidas.

Es evidente que mientras se consideraba que el profesional era libre para vincularse contractualmente prometiendo lo que tuviera a bien prometer, siempre que se respetasen los límites recogidos en el propio CC, era más fácil acudir a la responsabilidad objetiva. Pero, el cambio de paradigma al respecto de las posibilidades de vinculación contractual ha comportado un retorno a las teorías culpabilísticas que no en todos los casos se debe a la negativa jurisprudencial a aceptar que los médicos puedan prometer resultados, sino que se vinculan también al retorno generalizado a las teorías culpabilísticas, no solo en ámbito sanitario, aunque en este es más acusado y desde hace más tiempo.

En nuestra opinión, herramientas como la presunción de la culpa o la teoría de los daños desproporcionados, que no son del todo objetivas, pues presumen la culpa pero no la obvian, deberían ser comunes en las reclamaciones de responsabilidad sanitaria, principalmente por cuanto la posición frente a la prueba de la culpa del profesional en muchos casos es una barrera imposible de superar para el sujeto lesionado. Ello no es óbice para que defendamos que debería realizarse una aplicación de estos instrumentos que no obstaculizara el derecho de defensa de los demandados, para poder afectar en la menor medida posible a la seguridad jurídica.

De igual modo los criterios de imputación objetiva y la *prohibición de regreso*, como criterio de no imputación objetiva, también pueden ser aplicables a nuestro objeto de estudio, pero consideramos que aún hoy en día, tal y como señalaba PANTALEÓN PRIETO en el año 1990, por el momento "*los criterios de imputación objetiva no son dogmas de contornos perfectamente dibujados*"¹⁰⁸³, es decir, que son criterios que aún no han sido convenientemente cristalizados, pese a la existencia de leyes especiales, como la de consumidores que establece un régimen de responsabilidad sin culpa, y que

¹⁰⁸³ PANTALEÓN PRIETO, Fernando, *op. cit.* Pág. 1591.

han sido tomados en consideración por muchas resoluciones jurisprudenciales distintas y cada una con sus propios matices, lo que ciertamente preocupa por la falta de guías que auxilien en el momento de su aplicación.

Los criterios de imputación objetiva son casuísticos, estrechamente vinculados al caso concreto en el que están utilizándose, por lo que es complejo ajustarlos a todos los casos y también es complicado que, cuando se acude a ellos, no se esté afectando a la seguridad jurídica de los demandados.

6. Sistemas alternativos de resolución de conflictos

Siempre que una acción u omisión de una persona genera un daño a otra, nuestra mente jurídica acude a la vía más extendida de resolución de conflictos, que es la acción judicial de responsabilidad civil, y luego matizamos o seleccionamos entre los distintos regímenes de responsabilidad civil, atendiendo a las concretas características del caso: contractual, extracontractual, concurrencia de pretensiones, responsabilidad objetiva,... Y es que, como señala el magistrado SOSPEDRA NAVAS *"el sistema jurídico español se ha construido tradicionalmente sobre la preferencia de la jurisdicción como mecanismo para la solución de las controversias de los ciudadanos"*¹⁰⁸⁴.

Sin embargo, estas no son las únicas formas que el perjudicado tiene para resarcirse del daño padecido, de hecho, generalmente existe una reclamación extraprocesal que se realiza antes, de una reclamación procesal, con el doble objetivo: reclamar por los daños padecidos y, si hay suerte, evitar el proceso judicial y, además, interrumpir la prescripción de la acción, para el caso de que deba acudir a la vía jurisdiccional por el fracaso de las negociaciones.

Existen otras fórmulas que se conocen como *sistemas alternativos de resolución de conflictos* y que son los que consideramos oportuno abordar en este punto, pues debemos analizar si son válidos para evitar procesos judiciales en reclamaciones por daños ocasionados en el marco de los actos médicos de satisfacción con finalidad

¹⁰⁸⁴ SOSPEDRA NAVAS, Francisco José, *Mediación y Arbitraje. Los sistemas alternativos de resolución de conflictos*. Ed. Thomson Reuters - Civitas. 2014. Cizur Menor. Pág. 50.

estética, dado que "*de un tiempo a esta parte, han venido cobrando una creciente importancia*"¹⁰⁸⁵.

La mayoría de estudiosos de los sistemas alternativos de resolución de conflictos, coinciden en señalar, tal y como hace CARRETERO MORALES que estamos frente a una *crisis de los sistemas tradicionales de resolución*, causada - según su opinión - *por la excesiva judicialización de los conflictos*¹⁰⁸⁶.

No podemos negar que en los últimos cincuenta o sesenta años ha habido un enorme incremento de la judicialización de los conflictos, pero no consideramos que ello sea algo excesivo, sino significativo, pues lo que demuestra es que se ha conseguido hacer la justicia cada vez más accesible a todos los ciudadanos y, también influye el cambio social que se ha vivido, pues es evidente que nuestra sociedad actualmente es muy distinta a la que era en aquel momento, especialmente a nivel de formación, de información, de conocimientos, de negocios, de pensamiento, de creencias, de filosofía vital, y de muchas otras cuestiones que, en definitiva, han contribuido a que vivamos en una sociedad que litiga y defiende sus posturas ante los conflictos¹⁰⁸⁷, algo para lo que puede que no estén preparados los sistemas tradicionales de resolución de conflictos, pero no creo que sea por una excesiva litigiosidad, sino por los defectos de estos últimos, o porque fueron ideados para una sociedad algo distinta a la nuestra.

Sea como fuere, es innegable que los que se conocen como sistemas alternativos de resolución de conflictos han evolucionado mucho en las últimas décadas y están ganando protagonismo como métodos de resolución de problemas de muy distinta índole.

¹⁰⁸⁵ HERRERO PEREZAGUA, Juan F., *Lo jurisdiccional en entredicho*. Ed. Thomson Reuters - Aranzadi. 2014. Cizur Menor. Pág. 16.

¹⁰⁸⁶ De hecho, así se llama el primer apartado de su estudio: "*I. Introducción. La crisis de los sistemas tradicionales de resolución y la excesiva judicialización de los conflictos*". Vid. CARRETERO MORALES, Emiliano "Capítulo 3. La necesidad de cambios en los modelos de solución de conflictos" en SOLETO MUÑOZ, Helena (dir.), *Mediación y resolución de conflictos: técnicas y ámbitos*. Ed. Tecnos. 2011. Cizur Menor. Pág. 56.

¹⁰⁸⁷ Otra cosa es, y aquí sí que consideramos acertado el pensamiento, que el sistema judicial que debe resolver los conflictos está en ocasiones poco actualizado, poco conectado con esta sociedad y, en ocasiones, recuerda al de aquellos tiempos en los que no había tanta judicialización de conflictos, pero por mero elitismo de clase. Consideramos que debería realizarse un mayor esfuerzo por actualizar y conectar a los juzgados de todos los órdenes jurisdiccionales y niveles con la sociedad actual, para que pudieran, en la medida de lo posible, actuar a la velocidad a la que se actúa ahora y para que todos los ciudadanos tuvieran una buena percepción sobre la justicia de su Estado.

A continuación analizaremos los dos principales: *la mediación y el arbitraje*, pero lo haremos con el punto de vista fijo en nuestros actos objeto de estudio y con la finalidad de observar si son o no posibles ante daños derivados de actuaciones médicas de satisfacción y, de serlo, hasta qué punto y cómo funcionarían en casos concretos.

6.1. Mediación en materia sanitaria

La mediación, es un sistema de resolución de conflictos que ha sido regulado por primera vez en nuestro país mediante la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles¹⁰⁸⁸.

Como señala ROGEL analizando la Exposición de Motivos de la norma "*la Directiva 2008/52/CE se limita a establecer unas normas mínimas para fomentar la mediación en los litigios transfronterizos en asuntos civiles y mercantiles. La regulación del Real Decreto-Ley 5/2012, por el contrario, conforma un régimen general aplicable a toda mediación que tenga lugar en España y pretenda tener un régimen jurídico vinculante, si bien circunscrita al ámbito de los asuntos civiles y mercantiles y con arreglo a un modelo que ha tenido en cuenta las previsiones de la Ley Modelo sobre Conciliación Comercial Internacional de la CNUDMI (Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional) del año 2002*"¹⁰⁸⁹, así, en España se siguió el ejemplo de otros estados de la UE y fue aprobado una norma que excede de las previsiones de armonización de la UE, en el sentido de constituir un verdadero régimen que sea utilizado por los ciudadanos para la resolución de sus conflictos.

¹⁰⁸⁸ Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles. Publicada en el BOE núm. 162, de 7 de julio de 2012 (texto consolidado de julio de 2015). Fue aprobada en primer lugar como Real Decreto-Ley 5/2012, de 5 de marzo, de mediación de asuntos civiles y mercantiles (BOE núm. 56, de 6 de marzo de 2012). Primeramente fue aprobada en forma de Real Decreto-Ley, porque España estaba incumpliendo el mandato de transposición de la Directiva 2008/52/CE (Directiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2008, sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles. Publicada en el DOUE núm. 136, de 24 de mayo de 2008), que había finalizado en el mes de mayo de 2011.

¹⁰⁸⁹ ROGEL VIDE, Carlos "I. Antecedentes de la Ley de Mediación 5/2015. El Real Decreto-Ley 5/2012 y otras disposiciones" en GARCÍA VILLALUENGA, Leticia y ROGEL VIDE, Carlos (dirs.), *Mediación en asuntos civiles y mercantiles. Comentarios a la Ley 5/2012*. Ed. Reus. 2012. Pág. 10.

La ley 5/2012 establece en su artículo 2º el ámbito de aplicación de la mediación en asuntos civiles y mercantiles y también las materias excluidas, dice literalmente la norma:

"Artículo 2. Ámbito de aplicación.

1. Esta Ley es de aplicación a las mediaciones en asuntos civiles o mercantiles, incluidos los conflictos transfronterizos, siempre que no afecten a derechos y obligaciones que no estén a disposición de las partes en virtud de la legislación aplicable.

En defecto de sometimiento expreso o tácito a esta Ley, la misma será aplicable cuando, al menos, una de las partes tenga su domicilio en España y la mediación se realice en territorio español.

2. Quedan excluidos, en todo caso, del ámbito de aplicación de esta Ley:

a) La mediación penal.

b) La mediación con las Administraciones públicas.

c) La mediación laboral.

*d) La mediación en materia de consumo."*¹⁰⁹⁰

Como se observa, al analizar el ámbito de aplicación y las exclusiones de la mediación, en nuestra opinión - y también en la de los expertos consultados en materia de mediación -, existen dificultades para la aplicación de la mediación en los casos de relaciones entre médicos y clientes. Pues como analizamos anteriormente¹⁰⁹¹, en los actos médicos de satisfacción con finalidad estética, se dan los presupuestos para que el particular que contrata con un profesional liberal médico, o con una clínica médico-estética, adquiera la condición de consumidor, pues es una persona física que actúa con propósito ajeno a su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión¹⁰⁹². Además, tanto el médico profesional liberal como la clínica médica donde se contraten los servicios médicos, cumplen con los requisitos para encajar en la definición de empresario¹⁰⁹³, por lo que la normativa de consumidores y usuarios será de aplicación a esta relación contractual, dado que el artículo 2 del TRLGDCU señala que "*esta norma será de aplicación a las relaciones entre consumidores o usuarios y empresarios*".

Lo expuesto, dificulta que pueda llevarse a cabo mediación en esta materia, salvo que se prescinda de la relación de consumidores y usuarios, por ejemplo en

¹⁰⁹⁰ El subrayado del fragmento es propio.

¹⁰⁹¹ Vid. Capítulo I. apartado 4.

¹⁰⁹² Art. 3.1. del TRLGDCU.

¹⁰⁹³ Art. 4 TRLGDCU.

relación con una reclamación por daños y perjuicios en servicios médicos en los que se suele entender, como vimos¹⁰⁹⁴, que solo caben dentro de la responsabilidad de consumidores y usuarios los que se refieran a la calidad del servicio sanitario y a cuestiones relativas a la prestación del servicio, o a los defectos en su prestación (problemas en las instalaciones, problemas de gestión,...). El resto de daños, los causados por el profesional y que no suelen aceptarse como daños al consumidor, o al menos sobre los que existen dudas al respecto de si son o no objeto de protección de la regulación de consumidores y usuarios podría ser objeto de mediación, pero ello nos ubica ante una complejísima situación, que aunque puede resultar viable hipotéticamente, no será, para nada, lo más común en los casos que estudiamos.

Entendemos, por lo expuesto hasta el momento, que podrían someterse a mediación las reclamaciones de daños vinculadas estrictamente a una negligencia profesional¹⁰⁹⁵, o al daño moral (expresamente excluido en la norma de consumo) derivado de una praxis médica, pero no podría intervenir la mediación sobre el contrato por el que se celebraron los actos médicos, pues es objeto de protección de los consumidores, ni sobre daños relacionados con la responsabilidad de los servicios sanitarios.

Sin embargo, en qué consiste la mediación:

Consideramos que si por mediación debemos entender la voluntad de dos partes de resolver una controversia que les afecta y en la que un tercero - mediador - interviene para facilitar que se llegue a un acuerdo que solvante el conflicto, difícilmente será posible, en la práctica, que ésta se impida por el simple hecho de que las partes en relación sean consumidor y empresario¹⁰⁹⁶. Es decir, sin que se pierdan o vulneren los derechos positivos de los consumidores, los mismos podrán acceder de hecho a la mediación, y llegar a acuerdos privados para solventar sus controversias, del mismo modo que llegaron al acuerdo primigenio, fruto del cual actualmente existe un conflicto.

¹⁰⁹⁴ Vid. Apartado 2.4. del presente capítulo.

¹⁰⁹⁵ Y aún así, con mucha dificultad, porque a la condición de consumidor y los derechos que lleva aparejada esta condición no puede renunciarse, tal y como señala el artículo 10 del TRLGDCU: "*Artículo 10. Irrenunciabilidad de los derechos reconocidos al consumidor y usuario. 1. La renuncia previa a los derechos que esta norma reconoce a los consumidores y usuarios es nula, siendo, asimismo, nulos los actos realizados en fraude de ley de conformidad con lo previsto en el artículo 6 del Código Civil.*"

¹⁰⁹⁶ Según el artículo primero de la Ley 5/2012, "*se entiende por mediación aquel medio de solución de controversias, cualquiera que sea su denominación, en que dos o más partes intentan voluntariamente alcanzar por sí mismas un acuerdo con la intervención de un mediador*".

Pero lo que sí parece es que no podrá acudir a la mediación de derecho, a la que se encuentra recogida en la Ley 5/2012 como procedimiento que está conectado con los procesos judiciales, especialmente desde el punto de vista de la homologación de acuerdo de mediación derivado de un proceso que ya se había iniciado como judicial y desde la perspectiva de la ejecución de los acuerdos de mediación.

Coincide nuestro parecer, al respecto de la posibilidad de que los consumidores asistan voluntariamente a mediación, con la opinión de BLANCO CARRASCO, que sobre la *mediación de consumo* señala: "*se podría definir la mediación de consumo como un procedimiento voluntario de resolución de conflictos a través del cual se requiere la intervención de un mediador, imparcial y neutral, que asiste a los consumidores y usuarios en sus reclamaciones frente a empresas o profesionales, con la finalidad de alcanzar un acuerdo, llegando incluso a ofrecer una propuesta formal de solución que las partes podrán aceptar o rechazar libremente*"¹⁰⁹⁷.

Posteriormente la autora vincula la mediación voluntaria en materia de consumo al proceso de arbitraje de consumo, que será analizado a continuación.

Vamos a analizar los estudios recientes sobre mediación en el ámbito de la salud, ya que en la obra dirigida por CASTILLEJO MAZANARES¹⁰⁹⁸ encontramos tres capítulos que se refieren a la mediación en el ámbito sanitario. Sin embargo, quedan fuera de nuestro ámbito de estudio, por cuanto están enfocados desde el punto de vista de la asistencia sanitaria a enfermos en centros públicos de salud. Consideramos que es todo un avance que se trate la cuestión de la mediación vinculada a la enfermedad y a los conflictos que pueden surgir en los servicios asistenciales, pues consideramos que es un sistema de resolución de conflictos que ciertamente puede encajar en muchos planos en los que están implicadas las relaciones humanas y la salud innegablemente lo es.

Debemos darle tiempo a la mediación, ciertamente muy reciente aún en nuestro ordenamiento, y ver como evoluciona la misma y hasta qué punto llega a afectar a relaciones médicas no asistenciales. No podemos aventurarnos a predecir cómo va a

¹⁰⁹⁷ BLANCO CARRASCO, Marta, "Mediaciones excluidas del ámbito de aplicación de la ley" en GARCÍA VILLALUENGA, Leticia y ROGEL VIDE, Carlos (dirs.), *Mediación en asuntos civiles y mercantiles. Comentarios a la Ley 5/2012*. Ed. Reus. 2012. Madrid. Pág. 47.

¹⁰⁹⁸ CASTILLEJO MANZANARES, Raquel (dir.), *La Mediación: Nuevas realidades, nuevos retos. Análisis en los ámbitos civil y mercantil, penal y de menores, violencia de género, hipotecario y sanitario*. Ed. La Ley - Grupo Wolters Kluwer. 2013. Madrid.

rodearse el escollo que supone la exclusión de la mediación de problemas de consumidores, pero estamos seguros que es una figura que ganará protagonismo por las necesidades del sistema jurisdiccional de aligerar su carga de trabajo.

6.2. Arbitraje de consumo y actos médicos de satisfacción con finalidad estética. ¿Es posible?

A diferencia de lo que sucede con la mediación, el arbitraje lleva ya muchos años previsto en nuestro Ordenamiento jurídico, de hecho en palabras de MERINO MERCHÁN y CHILLÓN MEDINA, el arbitraje estaba previsto en la redacción primigenia del Código civil, en el Capítulo II del Título XIII del Libro IV del CC, artículos 1820¹⁰⁹⁹ y 1821¹¹⁰⁰ que se referían a *los compromisos* y que fueron derogados por la aprobación en 1988 de la Ley 36/1988, de 5 de diciembre, de arbitraje¹¹⁰¹, hoy en día también derogada. La ley de arbitraje que se encuentra actualmente vigente es la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje¹¹⁰², que es supletoria en materia de arbitraje de consumo, puesto que así se prevé en la Disposición Adicional Única que remite a las previsiones de la antigua ley de consumidores, actualmente previsto en el Capítulo II del Título V del Libro I del TRLGDCU (arts. 57 y 58).

Si partimos de la base de que el cliente del profesional es un consumidor, como ya hemos visto anteriormente para el caso de la mediación, de caber algún tipo de arbitraje sería el que está previsto en los artículos 57 y 58 TRLGDCU. Y aquí encontramos el primero de los problemas: el artículo 57.1 excluye del arbitraje de consumo las reclamaciones en conflictos que versen sobre *"intoxicación, lesión o muerte o [cuando] existan indicios racionales de delito"*.

El artículo 57.1 supone un veto al arbitraje de consumo para los actos médicos de satisfacción dado que, por su redacción, los daños que padezca en su propio cuerpo

¹⁰⁹⁹ Art. 1820 CC (redacción original): *"las mismas personas que pueden transigir pueden comprometer en un tercero la decisión de sus contiendas"*.

¹¹⁰⁰ Art. 1821 CC (redacción original): *"lo dispuesto en el capítulo anterior sobre transacciones es aplicable a los compromisos. En cuanto al modo de proceder en los compromisos y a la extensión y efectos de éstos, se estará a lo que determine la Ley de Enjuiciamiento Civil"*.

¹¹⁰¹ Ley 36/1988, de 5 de diciembre, de Arbitraje. Publicada en el BOE núm. 293, de 7 de diciembre de 1988 (disposición derogada).

¹¹⁰² Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje. Publicada en el BOE núm. 309, de 26 de diciembre de 2003 (versión consolidada de 6 de octubre de 2015).

el cliente de los actos médico-estéticos que, en definitiva, son lesiones, no podrán ser objeto de arbitraje de consumo, tampoco cuando se produzca la muerte del lesionado o perjudicado y tampoco en los casos de intoxicación, por ejemplo con reacciones a medicamentos prescritos por los profesionales médicos en el curso de una intervención.

El arbitraje de consumo no podrá ser un sistema alternativo de resolución de conflictos para el grueso de las reclamaciones en nuestro caso de estudio, que suelen derivar de daños corporales (lesiones) durante la realización de actos médicos de satisfacción con finalidad estética, pero consideramos que sí podría ser válido para otros conflictos en relación con médicos y consumidores, como por ejemplo ciertas cuestiones relativas a la información de los derechos de los consumidores, a la interpretación de los contratos que se celebran entre consumidor y médico o centro médico-estético, que, sin embargo, no suelen ser el objeto de las reclamaciones de responsabilidad civil en nuestros casos de estudio, sino cuestiones accesorias que, además suelen ir verdaderamente conectadas a la existencia de daños en la salud de los afectados.

7. Responsabilidad civil en los actos médicos de satisfacción en el derecho francés e italiano

El análisis del tratamiento de la responsabilidad civil en los actos médicos de satisfacción en los países de nuestro entorno se realiza, tal y como se ha hecho hasta el momento en los capítulos precedentes, fijando la mirada en la situación que se vive en Francia e Italia.

En Francia, también existe una previsión de dos regímenes de responsabilidad civil en el "*code*", o más bien podríamos decir que nuestro Código también importó a España el sistema dual que se presenta en el *Code Civil Français*. Por ello, tal y como hemos observado que sucede en nuestro ordenamiento, en el Derecho Civil Francés coexisten la responsabilidad contractual y la extracontractual, como dos caras de la responsabilidad civil.

La responsabilidad civil contractual o "*responsabilité contractuelle*" se encuentra en dentro del Libro III, Título III del *Code*, dentro del subtítulo que se ocupa de los contratos, y a su vez dentro del Capítulo IV que trata sobre los efectos de los

contratos. Está recogida en los artículos 1231 a 1231-7, justo antes de se trate la responsabilidad extracontractual. Sin embargo, tal y como señala CRUZ MEJÍA, "*la materia de la responsabilidad civil es regulada en el Código de Napoleón (...) a) como efecto del incumplimiento de las obligaciones*"¹¹⁰³ y ello hace que antes de los artículos 1231 y siguientes, existan otros preceptos, como el 1217 que señala que la parte que no ha visto satisfecha sus pretensiones en el contrato puede: no ejecutar o suspender la ejecución de sus obligaciones; perseguir una ejecución forzosa *in natura* de la obligación; solicitar una reducción del precio; provocar la resolución del contrato; demandar la reparación de las consecuencias de la inejecución. Además el artículo 1217 del *Code* concluye señalando que "*las sanciones que no sean incompatibles pueden acumularse; los daños y los intereses pueden ser añadidos siempre*"¹¹⁰⁴.

Volviendo a los artículos 1231 a 1231-7 del *Code Civil Français*, los mismos se encuentran bajo la rúbrica "*la réparation du préjudice résultant de l'inexécution du contrat*" o lo que es lo mismo: la reparación de los perjuicios resultantes de la no ejecución de los contratos. Por lo que vemos que esta regulación se encuentra alineada con lo que habíamos referido como *incumplimiento contractual*¹¹⁰⁵.

La "*responsabilité extracontractuelle*"¹¹⁰⁶ se encuentra regulada en el Capítulo Primero del Título III del Libro III del *Code*, en los artículos 1240 y siguientes. El propio artículo 1240 establece que "*cualquier hecho del hombre, que cause un daño a otro, obliga a la persona por cuya culpa sucedió a repararlo*"¹¹⁰⁷. Como puede observarse, este precepto se asemeja mucho a la literalidad de nuestro artículo 1902 del Código Civil.

Viendo que el sistema se encuentra regulado de una forma tan similar a la que hemos analizado ya, para el caso del Derecho Español - cosa que por otra parte no nos extraña, pues el derecho español es como ya hemos referido en anteriores ocasiones heredero del *Code* francés -, consideramos de igual modo que lo hemos hecho para el

¹¹⁰³ CRUZ MEJÍA, Andrés, "Responsabilidad civil en el Código de Napoleón. Las bases de su estructura dogmática" en *Revista de Derecho Privado*. Nueva época. Año IV, núm. 11, mayo - agosto de 2005. Pág. 36.

¹¹⁰⁴ Traducción propia del original: "*les sanctions qui ne sont pas incompatibles peuvent être cumulées; des dommages et intérêts peuvent toujours s'y ajouter*".

¹¹⁰⁵ Vid. Capítulo IV, apartado 2.2.

¹¹⁰⁶ Traducción propia: "Responsabilidad civil extracontractual".

¹¹⁰⁷ Traducción propia del original: "*tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer*".

caso de la responsabilidad civil en los actos médicos de satisfacción con finalidad estética en España, que la responsabilidad que se derivase de estas actuaciones médicas en el país galo deberían resolverse atendiendo a las normas sobre incumplimiento contractual y sobre responsabilidad civil contractual.

Al respecto de la *realidad contractual* de la responsabilidad civil médica, ya hablaba de ella una muy antigua Sentencia de la *Cour de Cassation* del año 1976¹¹⁰⁸, que señalaba analizando el caso de una muerte de un recién nacido durante el parto "*los fundamentos de la responsabilidad médica son de tipo contractual*"¹¹⁰⁹, esta resolución es relevante, por cuanto el texto extraído, se recoge dentro de una sentencia de responsabilidad médica en casos de medicina asistencial y no satisfactiva, por lo que entendemos que, en la medida en que una resolución tan antigua pudiera estar vigente a día de hoy, sería tanto o más contractual la responsabilidad médica derivada de una intervención estética que como sabemos es de ámbito privado.

Más recientemente, la Sentencia de la Corte de Apelación de Versalles de 10 de febrero de 2006 anteriormente analizada¹¹¹⁰, al hablar sobre la vulneración de la información preceptiva para llevar a cabo las intervenciones estéticas contratadas (en ese caso, inyecciones de una sustancia para rellenar arrugas faciales), caracteriza como contractual esa obligación de informar cuando dice: "*incluso la violación involuntaria de esta obligación contractual es sancionada por una responsabilidad de la misma naturaleza en los términos del artículo 1147 del Código Civil*"¹¹¹¹. Cabe señalar que la alusión al artículo 1147 del *Code*, como artículo que trata sobre la responsabilidad, debe entenderse hecha, en la actualidad, al artículo 1231-1, pues muy recientemente (febrero de 2016) fue aprobada la "*Ordonnance n° 2016 - 131 du 10 février 2016 portant*

¹¹⁰⁸ *Sentence de la Cour de Cassation, Chambre Civil 1, de 1 juin 1976. Núm. 75-11611 / 75-11976. Président. M. Bellet* - Sentencia de la Corte de Casación, Sala Civil 1, de 1 de junio de 1976. Núm. 75-11611 / 75-11976. Presidente Sr. Bellet. Disponible en: <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechExpJuriJudi&idTexte=JURITEXT000006995951&fastReqId=438309218&fastPos=12> (Consultada 29 de septiembre de 2016).

¹¹⁰⁹ Traducción propia del original: "*que le fondement de la responsabilité médicale est d'ordre contractuel*".

¹¹¹⁰ *Vid.* Capítulo II, apartado 6.

¹¹¹¹ Traducción propia del original: "*la violation même involontaire de cette obligation contractuelle est sanctionnée par une responsabilité de même nature dans les termes de l'article 1147 du code civil*".

*réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*¹¹¹², que alteró el orden de los preceptos y creó artículos nuevos.

En conclusión, para el caso del Derecho galo, entendemos que, tal y como sucede en España, podemos defender la aplicabilidad exclusiva de las normas de responsabilidad civil contractual para las intervenciones de este tipo, pues es clara la vinculación contractual de las partes, y mientras existan dos regímenes claramente separados, no debería abusarse del uso extensivo de las figuras jurídicas.

En el caso de Italia, el *Codice Civile de 1942*, recoge en el Capítulo III del Título I del Libro IV (*Delle Obbligazioni*¹¹¹³), una serie de artículos destinados a tratar sobre "*dell'inadempimento delle obbligazioni*"¹¹¹⁴ (arts. 1218 a 1229). Debemos destacar la literalidad del artículo 1218 del *Codice*, que establece: "*el deudor que no cumpla exactamente (1307, 1453) con la prestación debida está obligado al resarcimiento de los daños y perjuicios (2740), si no prueba (1673, 1681, 1693, 1784, 1787 1805-2, 1821) que el incumplimiento o retraso se debió a la imposibilidad de la prestación por causa que no puede imputársele (1256; att. 160)*"¹¹¹⁵.

Según señala ZACCARIA en el "*commentario breve*" a este artículo 1218 del *Codice* que: "*en materia de responsabilidad contractual (en este caso, por actividad médico-quirúrgica), una vez que se ha establecido la relación de causalidad entre el incumplimiento y el perjuicio alegado, la incertidumbre sobre la posible concausa de un factor natural no elegible, en el plano jurídico, plantea la operatividad de un razonamiento probatorio "simplificado" que conduce a un fraccionamiento de la responsabilidad, con la reducción consecuente de la cuantía de la indemnización, de acuerdo con los criterios de equidad*"¹¹¹⁶. En mi humilde opinión, la explicación de

¹¹¹² *Ordonnance n° 2016 - 131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations* - Orden núm. 2016 - 131 de 10 de febrero de 2016, de reforma de la ley de contratos, del régimen general y de la prueba de las obligaciones. Disponible en: https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do;jsessionid=FCE85B7F4BD3997550E9A7B0B525B15F.tp_dila12v_1?cidTexte=JORFTEXT000032004939&dateTexte=20161024 (Consultada 29 de septiembre de 2016).

¹¹¹³ Traducción propia: "de las obligaciones".

¹¹¹⁴ Traducción propia: "del incumplimiento de las obligaciones".

¹¹¹⁵ Traducción propia del original: "*Il debitore che non esegue esattamente (1307, 1453) la prestazione dovuta è tenuto al risarcimento del danno (2740), se non prova (1673, 1681, 1693, 1784, 1787, 1805-2, 1821) che l'inadempimento o il ritardo è stato determinato da impossibilità della prestazione derivante da causa a lui non imputabile (1256; att. 160)*".

¹¹¹⁶ ZACCARIA, Alessio, "Commentario Art. 1218" en CIAN, Giorgio, y TRABUCCHI, Alberto (dirs.),

ZACCARIA se estaría refiriendo a las intervenciones con finalidad asistencial, sin embargo, no observamos que el autor haga una división en atención a la finalidad de la intervención, y está comentado el incumplimiento contractual, vinculándolo a la responsabilidad civil médica de los cirujanos, por lo que consideramos que en realidad, esta manifestación citada no es más que un claro ejemplo de que en Italia, la *aleatoriedad* que siempre se alega como presente en España en los casos de intervenciones médicas - especialmente en las estéticas, para contradecir las voces que apuestan por defender que se pueda prometer un concreto resultado -, también se halla en la mente de la doctrina italiana.

Aunque ZACCARIA no haga mención expresa a los criterios de equidad que serán de aplicación, es evidente, que será ciertamente sencillo para el profesional, defenderse de las reclamaciones de sus pacientes y clientes, alegando la concurrencia de múltiples concausas que, de ser estimadas, reducirán el importe de la indemnización que deberá abonarse al acreedor/perjudicado.

De igual forma que sucede en el Código Civil Español o en el Francés, el *Codice Civile*, también recoge un precepto general para tratar la responsabilidad extracontractual. Se trata del artículo 2043 que establece lo siguiente: "*cualquier hecho doloso o negligente, que causa daño injusto a otro, obliga a la persona que lo ha cometido a resarcir el daño (Cod. Pen. 185)*"¹¹¹⁷. Vemos a simple vista como los tres ordenamientos no se han separado de la tradición común y regulan la responsabilidad aquiliana bajo los mismos prismas: la existencia de un hecho dañoso generado mediante dolo o negligencia que causa un daño a otro, es decir, la quiebra de la obligación genérica de no dañar a los demás.

Así pues, Italia, como Francia y como España, tiene un régimen dual de responsabilidad civil, estructurado en contractual o extracontractual, por lo que entendemos, que para el caso concreto de los actos médicos de satisfacción con

Commentario breve al Codice Civile. Ed. Wolters Kluwer - CEDAM. 2015. Vicenza (Italia). Pág. 25. Traducción propia del original: "*in materia di responsabilità contrattuale (nella specie, per attività medico-chirurgica), una volta accertato il nesso causale tra l'inadempimento e il danno lamentato, l'incertezza circa l'eventuale efficacia concausale di un fattore naturale non rende ammissibile, sul piano giuridico, l'operatività di un ragionamento probatorio "semplificato" che conduca ad un frazionamento della responsabilità, con conseguente ridimensionamento del quantum risarcitorio secondo criteri equitativi*".

¹¹¹⁷ Traducción propia del original: "*qualunque fatto doloso o colposo, che cagiona ad altri un danno ingiusto, obbliga colui che ha commesso il fatto a risarcire il danno (Cod. Pen. 185)*".

finalidad estética, que se celebran contractualmente, el régimen aplicable deberá ser el de la responsabilidad civil contractual, tal y como sucede (o debería suceder) en España y en Francia.

Al respecto de la responsabilidad civil contractual en casos de cirugía estética, nos resulta altamente relevante la *Sentenza de la Corte di Cassazione del 6 giugno 2016*¹¹¹⁸, que resuelve sobre una intervención médico estética de eliminación de tatuaje, que causó un perjuicio estético a la clienta en forma de cicatriz de tamaño considerable. La posibilidad de que la intervención provocara un resultado tan antiestético no había sido informada a la perjudicada, motivo por el que en apelación, se aceptó su petición de indemnización. La Corte de Casación trata a lo largo de la sentencia el "*inadempimento dell'obbligo di informazione*"¹¹¹⁹ como un grave incumplimiento contractual y en virtud del mismo confirma la sentencia de apelación, y condena a la aseguradora de la demandada. Todo ello no sin antes establecer un principio general que en opinión de la Corte de Casación debe regir cuando las intervenciones que se enjuician no tienen finalidad curativa:

*"Quando una chirurgia estetica logra un difetto più grave di quello che si è disposto a eliminare o mitigare, la constatazione di che tale possibilità non aveva sido completamente e scrupolosamente informata, comporta la responsabilità del medico per i danni che se derivano, incluso se l'intervento fue correttamente realizzato. La particolarità del risultato perseguito dal paziente e la sua mancanza di dichiarazione normale in termini di protezione della salute permettono presumere che il consenso non se avrebbe prestato se l'informazione hubiera sido offerta, e per lo tanto fanno che sea necessario verificare, per contro, quando l'intervento tiene per oggetto la protezione della salute e la stessa se ve perjudicada per una intervento necessaria e correttamente eseguita, así como las determinaciones que el paciente hubiera asumido sobre i possibili rischi se hubieran sido informati"*¹¹²⁰.

¹¹¹⁸ *Sentenza de la Corte di Cassazione, Civile Sezione 3. Núm. 12830 del 6/06/2014. Relatore Roberta Vivaldi.* (Sentencia de la Corte de Casación Sala Civil, Sección 3ª. Núm. 12830, de 6 de junio de 2014. Ponente Dª. Roberta Vivaldi). Disponible en: <http://www.italgiure.giustizia.it/xway/application/nif/clean/hc.dll?verbo=attach&db=snciv&id=../20140606/snciv@s30@a2014@n12830@tS.clean.pdf> (Consultada el 29 de septiembre de 2016).

¹¹¹⁹ Traducción propia: "incumplimiento de la obligación de informar".

¹¹²⁰ Traducción propia del original: "*Quando ad un intervento di chirurgia estetica consegua un inestetismo più grave di quello che si mirava ad eliminare o ad attenuare, all'accertamento che di tale possibile esito il paziente non era stato compiutamente e scrupolosamente informato consegue ordinariamente la responsabilità del medico per il danno derivatone, quand'anche l'intervento sia stato correttamente eseguito. La particolarità del risultato perseguito dal paziente e la sua normale non declinabilità in termini di tutela della salute consentono infatti di presumere che il consenso non sarebbe stato prestato se l'informazione fosse stata offerta e rendono pertanto superfluo l'accertamento, invece*".

Como observamos, la Sentencia de Casación de 2014, considera la falta de información y, en consecuencia la actuación sin consentimiento informado como una obligación contractual que por sí misma puede generar responsabilidad al profesional médico si, aun habiendo llevado a cabo la intervención correctamente, falló la información y el resultado no informado y obtenido supone un empeoramiento de la situación que el cliente trataba de mejorar, eliminar o mitigar con la intervención contratada.

necessario quando l'intervento sia volto alla tutela della salute e la stessa risulti pregiudicata da un intervento pur necessario e correttamente eseguito, sulle determinazioni cui il paziente sarebbe addivenuto se dei possibili rischi fosse stato informato".

CAPÍTULO V. LA INDEMNIZACIÓN Y EL *QUANTUM INDEMNIZATORIO*

1. Los conceptos indemnizables y el objetivo de la responsabilidad civil

El objetivo del presente apartado y, en realidad de todo el capítulo, es analizar los conceptos indemnizables y el objetivo de la responsabilidad civil. Por este motivo nos parece indicado comenzar por señalar la acertada reflexión de ROCA TRIAS y NAVARRO MICHEL, que señalan que "*el derecho español no recoge un catálogo de intereses a modo de lista cerrada y (...) puede ser difícil llegar a determinar en qué consiste el daño indemnizable*"¹¹²¹.

El sistema de responsabilidad civil español, especialmente cuando se estudia la responsabilidad civil extracontractual - pero nosotros entendemos que también la contractual¹¹²² - se identifica como sistema abierto o de atipicidad, por lo que podemos decir (coincidiendo con la idea de VICENTE DOMINGO) que *las normas de responsabilidad extracontractual no limitan los supuestos de daños reparables*, para que quepan en ella cualesquiera que sean los daños¹¹²³. Esta es la razón de ser del presente capítulo, destinado a procurar esclarecer, en la medida de lo posible, esta situación y a definir los conceptos que pueden ser considerados como *daño* en los casos de actos médicos de satisfacción con finalidad estética, y por ello, merecer especial atención a nuestro estudio.

¹¹²¹ ROCA TRIAS, Encarna, y NAVARRO MICHEL, Mónica, *Derecho de Daños. Textos y materiales*. Ed. Tirant lo Blanch, 6ª edición. 2011. Valencia. Pág. 195.

¹¹²² Pues tampoco existe un catálogo de intereses contractuales que deban ser protegidos, sino que se considerará daño, cualquier interés contractual vulnerado, siempre que el contrato fuera válido. Entendemos que las ideas y corrientes de pensamiento jurídico y doctrinal que han pensado el daño como ilimitado atendiendo a las pautas de la responsabilidad extracontractual en el Derecho civil español, también podrían haber llegado a las mismas conclusiones, de haberse fijado en la responsabilidad contractual, pues como vimos en el Capítulo precedente, ambos regímenes de responsabilidad comparten los elementos esenciales.

¹¹²³ Señala literalmente la autora: "*las normas de responsabilidad civil extracontractual, no limitan <<a priori>> los supuestos de daños reparables porque contienen una cláusula general que permite al intérprete un amplio margen de discrecionalidad para configurar las líneas o el marco de la responsabilidad civil extracontractual, en las que late el principio de <<alterum non laedere>>*". VICENTE DOMINGO, Elena, "Capítulo III. El daño" en REGLERO CAMPOS, L. Fernando, y BUSTO LAGO, José Manuel (coords.), *Tratado de Responsabilidad Civil*. Tomo I. Ed. Thomson Reuters - Aranzadi. 5ª edición. 2014. Cizur Menor. Pág. 325.

En el *presente capítulo*, vamos a analizar pormenorizadamente los conceptos que pueden incluirse dentro de la reclamación que el afectado por negligencias podrá reclamar en el acto médico estético contratado, con el objetivo de que se le restituya su situación o se le repare el daño causado. Y sin olvidar la cuantificación de los daños y demás conceptos que constituyen el *quantum* indemnizatorio.

Como vimos al tratar el incumplimiento contractual en el *capítulo anterior*, pueden coexistir lesiones a los intereses del perjudicado por el incumplimiento contractual con daños de otro tipo, como por ejemplo daños corporales, que se incorporan a la cuantía de la reclamación. Es decir, que pese a que volvemos a insistir en que en nuestra opinión la relación es contractual y la reclamación tiene su base en un incumplimiento contractual o en daños derivados del cumplimiento del contrato, además podrán incluirse en la reclamación partidas, como los daños morales, que tradicionalmente se han entendido como propios de la responsabilidad extracontractual, y que consideramos que deben ser entendidos sin problema como daños contractuales.

Además, tendremos en consideración las posibles peculiaridades del régimen de responsabilidad extracontractual, pues tradicionalmente se ha utilizado ésta vía para las reclamaciones de daños médicos, en nuestra opinión equivocadamente, pero observando la realidad que nos resulta contemporánea, todavía existe información al respecto de estas indemnizaciones de daños mediante vía de culpa aquiliana, y no son precisamente anecdóticas.

Asimismo, observando las peculiaridades de nuestro objeto de estudio, haremos hincapié en conceptos indemnizatorios tales como el *perjuicio estético*, para poder valorar si merece o no una especial atención, y también en la teoría de la *pérdida de oportunidad*, que de observarse, constituye también un elemento de la indemnización.

Para finalizar, se realizará también el estudio de los sistemas de cálculo y cuantificación de los daños más comunes y se estudiará su adecuación a los casos que estudiamos, analizándose la incidencia que tienen los intereses en estas indemnizaciones y la relevancia del aseguramiento de la responsabilidad civil de los profesionales sanitarios. Pero, antes de todo ello, debemos hacer una breve introducción al daño, que es el protagonista de los distintos conceptos indemnizatorios que serán analizados a lo largo del presente capítulo.

El daño que se indemniza será siempre, según la doctrina analizada, un *daño reparable*, concepto que, inmediatamente se convierte en uno de los principales interrogantes. Se entiende por daño reparable el daño que padece una persona (aunque fuera en su patrimonio) que sea cierto y directo.

(a) En cuanto a la certeza del daño, VICENTE DOMINGO considera que la certeza del daño no se refiere solo a la realidad fáctica y a la existencia del mismo, sino más bien a la determinación del mismo en el campo de la prueba judicial.

Siendo así, los autores que siguen esta corriente al respecto de la certeza del daño, consideran - y humildemente me sumo a su opción - que su apreciación corresponde al Juez que y así "*lo importante es que se demuestre o pruebe la realidad de tales daños, tanto económicos como morales*"¹¹²⁴.

(b) Que el daño deba ser directo y personal supone que debe existir una fuerte conexión entre el hecho que lo ocasiona y el perjudicado, el nexo de causalidad entre el *hecho dañoso o incumplimiento* y el daño que se ocasiona. En algunos casos, se aceptan como daños indemnizables o reparables los daños mediatos o daños de rebote que acontecen como consecuencia de un daño en otros sujetos muy vinculados a la víctima (por ejemplo los daños morales reconocidos a los familiares más directos de un fallecido)¹¹²⁵. Así, vemos que el requisito de que el daño sea directo y personal en ocasiones se difumina un poco, en favor de resarcir *daños mediatos* o producidos por rebote a los seres queridos o dependientes de la víctima o a terceros dañados por el hecho de que alguien haya sido dañado a su vez. Sin embargo también será decisión judicial valorar si hay suficiente nexo de causalidad entre el hecho inicial y el perjudicado por un daño mediato.

Tradicionalmente se ha discutido al respecto de la *licitud o ilicitud del daño*. Según VICENTE DOMINGO se relaciona la licitud del daño con la legitimidad, pues se considera que será lícito cualquier daño que viole un derecho subjetivo o un interés protegido¹¹²⁶. En realidad la acepción más ampliamente aceptada por la doctrina al

¹¹²⁴ VICENTE DOMINGO, Elena, *op. cit.* Pág 330.

¹¹²⁵ Resulta curioso (por no decir desafortunado) que sea el Código Penal la norma que recoja en su artículo 113 CP "*la indemnización de perjuicios materiales y morales comprenderá no sólo los que se hubieren causado al agraviado, sino también los que se hubieren irrogado a sus familiares o a terceros*".

¹¹²⁶ Señala literalmente la autora: "*se puede entender por lícito, todo daño que se le cause a una persona en violación de un derecho subjetivo o de un interés jurídicamente protegido, es decir, que sea legítimo*".

respecto de la ilicitud de los daños, se relaciona con la ilicitud del patrimonio dañado. Sin embargo, parece que cada vez es menos un requisito, pues se está dejando de lado el carácter inmoral de la actividad y solo se atiende a ilicitud de la actividad de la víctima como causante del daño, para evitar la sanción al sujeto que causó el daño (o mejor, para excluirlo de la indemnización)¹¹²⁷.

Centrándonos más en los daños que principalmente se derivan de las relaciones comerciales que estamos analizando, cabe establecer la siguiente distinción preliminar, sin ánimo de ser exhaustiva dado que se concretará posteriormente:

I.- Daños patrimoniales¹¹²⁸, directamente vinculados con el incumplimiento contractual, especialmente el daño emergente que puede definirse como los gastos que se derivan del daño o de su reparación. El daño emergente está conformado por los gastos que se han originado o se van a originar - por ejemplo la necesidad de reimplantar nuevas prótesis mamarias, fruto de la mala praxis, que acarreará unos daños emergentes como son el precio del alquiler de quirófano y las propias prótesis a sustituir -. El daño emergente se corresponderá con el daño previsible. El lucro cesante es la ganancia patrimonial dejada de obtener o la pérdida de ingresos y, como veremos, además de ser de más difícil concreción, deberán ser analizados caso por caso.

II.- Daños personales¹¹²⁹, son los que se han definido tradicionalmente como *daños morales* más los que se han conocido como *daños corporales*. Los daños personales, para nosotros, son una categoría especial y muy relevante en los actos médicos de satisfacción y, en parte, son una propuesta personal de sistematización de los daños a la persona que se derivan de los actos médicos de satisfacción¹¹³⁰. Cabe definirlos aquí como daños que recaen en bienes o derechos no patrimoniales y que, consecuentemente, no pueden ser indemnizados o reparados estrictamente sino que serán compensados. En nuestro marco de estudio, se ha visto que en ocasiones vulnerar el derecho a la

VICENTE DOMINGO, Elena, *op. cit.* Pág. 337.

¹¹²⁷ "El carácter inmoral de la actividad que realicen carece de relevancia (...). En definitiva, en el campo del Derecho civil, los daños son reparables en estos casos, salvo cuando el daño haya sido fruto de una actividad ilícita de la víctima". *Cit. Supra*. Pág. 338.

¹¹²⁸ Que se analizarán en los apartados 2, 2.1., 2.2., 2.3., 2.4., y 5, del presente capítulo.

¹¹²⁹ Que se analizarán en los apartados 3, 3.1., 3.2., 3.3. y 3.4., del presente capítulo.

¹¹³⁰ *Vid.* Apartado 3, del presente capítulo.

autonomía de la voluntad del paciente, especialmente en relación con el *consentimiento informado*, ha dado lugar a indemnizaciones por el daño personal que supone esta práctica, y se ha utilizado el concepto de daño moral, como soporte para esta indemnización. Dentro de los daños personales incluimos los *daños corporales*, que en nuestro objeto de estudio son de especial relevancia pues se trata de un daño que no afecta a un derecho o bien de carácter patrimonial, sino que "*recae en el bien máspreciado por toda persona, como es la salud y la integridad física y psíquica*"¹¹³¹. Los daños corporales, que se incluyen en los daños personales son uno de los conceptos indemnizatorios que más nos interesan en nuestro objeto de estudio y serán desarrollados a continuación¹¹³², pero no es el único elemento que se analizará a conciencia dentro de los *daños personales*.

Concluimos recordando que la necesidad de tasar y cuantificar este tipo de daños y catalogarlos correctamente es fundamental, para poder establecer el *quantum* indemnizatorio, y también porque de la posibilidad de demostrar su existencia surge asimismo la posibilidad de iniciar la reclamación de los mismos. Sin embargo, también en el presente capítulo se analizarán profundamente las dificultades existentes en nuestro ordenamiento civil para poder cuantificar los distintos daños que formarán parte de la indemnización, y las soluciones que en la práctica jurídica habitual se están llevando a cabo, para solventar estas dificultades.

2. La indemnización en caso de incumplimiento contractual

Como vimos al tratar en el capítulo anterior el incumplimiento contractual, y tal y como señala GARCÍA PÉREZ, "*el Código civil español carece de una regulación y ordenación articulada del incumplimiento. Nos encontramos con un conjunto de normas dispersas que dificultan un estudio sistematizado del incumplimiento de las obligaciones. Las acciones y medios de defensa que puede ejercitar el acreedor frente al incumplimiento del deudor están diseminadas en el Código civil y en la Ley de Enjuiciamiento civil*"¹¹³³. Esto dificulta muchísimo conocer los conceptos

¹¹³¹ VICENTE DOMINGO, Elena, *op. cit.* Pág. 360.

¹¹³² *Vid.* Apartado 3.2. del presente capítulo.

¹¹³³ GARCÍA PÉREZ, Rosa, "El Incumplimiento anticipado o previsible (*anticipated non performance*)

indemnizables derivados de incumplimiento contractual, o más bien, en qué sentido funcionan los existentes pues, cuando se produce un incumplimiento contractual, independientemente de los daños que además se deriven del mismo, existirá una situación que será el centro de la indemnización: la restitución o reparación del acreedor insatisfecho, a la que además se deberá añadir el importe de los daños que la situación haya provocado.

Estas dificultades para conocer qué conceptos se incluyen en la indemnización, por la insuficiencia referida del Código Civil, choca con la claridad del artículo 110 del Código Penal que, como señala YZQUIERDO, realiza una "*especificación de las formas de reparación*"¹¹³⁴ cuando establece literalmente "*la responsabilidad establecida en el artículo anterior comprende: 1º La restitución. 2º La reparación del daño. 3º La indemnización de perjuicios materiales y morales*".

La restitución no siempre será posible, como tampoco lo será la reparación específica, pues en algunos casos el incumplimiento contractual será causa, además, de imposibilidad de cumplimiento, y en otras, será motivo del desinterés del acreedor en el cumplimiento tardío de la obligación del deudor. Por ello, surgen distintas formas de restitución del acreedor que, como vimos, no son siempre cumplimiento *in natura o en especie*, sino más bien, cumplimiento por equivalente del contrato insatisfecho, dado que el incumplimiento contractual no es causa de extinción de las obligaciones que se generaron mediante el contrato.

Lo expuesto es el motivo por el que analizamos a continuación cuatro elementos especialmente vinculados al incumplimiento contractual, los dos primeros, la *reparación en especie* y la *reparación mediante equivalente pecuniario*, son los que se precisan para que la obligación que subsiste tras el incumplimiento, pero que ha mutado, se extinga al fin, satisfaciendo finalmente los intereses del acreedor. Mientras que las dos figuras que se estudian en tercer y cuarto lugar - *daño emergente* y *lucro cesante* - sí que son conceptos *propriadamente* indemnizatorios, pues relacionan el incumplimiento padecido con una lesión en los intereses o el patrimonio del acreedor

como incumplimiento resolutorio en la Propuesta de Modernización del Código Civil" en *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*. núm. 7/2012. 2012. Cizur Menor. Id Aranzadi: BIB 2012\3025. Pág. 2.

¹¹³⁴ YZQUIERDO TOLSADA, Mariano (2016), *op. cit.* Pág. 588.

que fue insatisfecho, y se añan a la restitución, sea del tipo que sea la que se lleve a cabo, en caso de que resulten procedentes.

Antes de analizar los cuatro elementos reseñados, que forman parte del *quantum* indemnizatorio fruto de incumplimiento contractual, debemos indicar que, al estar analizando un contrato sobre el que existe tensión al respecto de si se trata de un contrato de obra - con obligación de resultados -, o de un contrato de prestación de servicios - con obligación de medios - o de un contrato atípico¹¹³⁵ o "*mixto*"¹¹³⁶, existen ciertas ideas como *la presunción de culpa del deudor, derivada de su incumplimiento contractual*, que tendrá alcance distinto, según lo que pensemos que es el contrato que estemos analizando, o mejor, según cuál sea el alcance de la obligación que conciertan las partes. En los casos de contrato de obra (con obligación de resultado), el incumplimiento contractual alcanzará hasta la no prosecución completa del resultado pactado, algo que no se incluye dentro de la prestación de servicios (con *mera* obligación de medios), por lo que resulta fundamental haber llevado a cabo el esfuerzo de categorización del contrato, que se realizó en el capítulo III.

Nuestra opinión, a grandes rasgos¹¹³⁷, es que, si bien debemos analizar caso por caso qué es lo que se pacta en el acto concreto, consideramos que el contrato celebrado es un contrato atípico que mezcla aspectos del de prestación de servicios, pero en el que pueden ser obligados unos resultados concretos, pues entendemos que dos partes capaces pueden, en virtud de la libertad de pacto, acotar hasta qué punto pretenden obligarse y, no consideramos ajustado a derecho negar simple y llanamente, la posibilidad de que los profesionales liberales se constriñan a sí mismos a cumplir ciertos resultados, con el fin de conseguir esos clientes que, de otra forma quizá no aceptarían celebrar ese acuerdo y esa intervención médico-estética.

Por ello asemejamos bastante, siempre que sea lo acordado contractualmente, la obligación del deudor principal - el médico - a la del contratista, que se vincula a un cierto resultado en la realización de una obra y por ello, "*de la realización del resultado previsto -opus consumatum et perfectum- depende que el contratista haya o no cumplido o lo haya hecho defectuosamente, pues la parte contratista está obligada (...)*"

¹¹³⁵ Como prudentemente defendemos después del análisis realizado en el Capítulo III de la presente obra.

¹¹³⁶ Tal y como defiende la Dra. ARBESÚ GONZÁLEZ, en su obra publicada en 2016, *Vid.*: ARBESÚ GONZÁLEZ, Vanesa, *op. cit.* Pág. 149 y siguientes.

¹¹³⁷ *Vid.* Capítulo III, apartado 4.4.

a realizar y entregar la obra y que ésta sea la prevista, correcta y adecuada, siendo ello determinante del derecho al pago o retribución"¹¹³⁸.

Es decir, que si atendiendo a las peculiaridades del contrato, el mismo puede entenderse como contrato con obligación de resultado¹¹³⁹, el incumplimiento podría alegarse en los casos en que el mismo no hubiera sido correctamente obtenido y ello hace que, por ejemplo, el cumplimiento *in natura* (en nuestro caso reparación en especie), que analizaremos a continuación, tenga un alcance más exhaustivo, hasta la completa obtención del resultado pactado.

Cuestión que no sucederá si entendemos que el profesional simplemente se obliga a prestar los medios que estén en su mano con la mayor de las diligencias, pues si - ante la no prosecución de un resultado - nos fijamos en la reparación en especie en estos casos, si la actuación del profesional fue diligente, no haber logrado el resultado no sería fuente de necesidad de reparación, pues la obligación se habrá extinguido al realizar la práctica de forma diligente y no existirá un incumplimiento contractual.

2.1. Resarcimiento en forma específica o reparación en especie

La reparación en especie, transformada en una obligación de dar o de hacer, del mismo tipo que fuese la obligación contractual incumplida, es el elemento "indemnizatorio" que parece más sencillo y evidente cuando analizamos casos de incumplimiento contractual. En realidad no se trata de un elemento indemnizatorio, sino de elemento de cumplimiento de la obligación (elemento de cumplimiento *in natura*), que al estar insatisfecha no se ha extinguido, por lo que no se considerará un daño lo que se está reclamando mediante este concepto, sino el cumplimiento de una obligación no extinta, que persiste, pese al retraso en el cumplimiento o el cumplimiento defectuoso del deudor.

¹¹³⁸ CABANILLAS SÁNCHEZ, Antonio, GÓMEZ-OLANO GONZÁLEZ, Daniel José, y SÁNCHEZ GALLARDO, Francisco Javier, "Capítulo 2. El contrato de obra" en YZQUIERDO TOLSADA, Mariano (dir.), *Contratos. Civiles, Mercantiles, Públicos, Laborales e Internacionales, con sus implicaciones tributarias. Tomo IV: Contratos de Prestación de Servicios y Realización de Obras. (I)*. Ed. Thomson Reuters - Aranzadi. 2014. Cizur Menor. Pág. 225.

¹¹³⁹ Por entenderse que estamos frente a contrato de obra, o frente a un contrato atípico o incluso mixto o híbrido entre el arrendamiento de obra y el de servicio pero con ciertas obligaciones de resultado.

Implica, en los casos en los que el cumplimiento del contrato alcanzara un cierto resultado, concreto y acordado por ambas partes¹¹⁴⁰, volver a intervenir, cuando la actuación del obligado no hubiera servido para lograr el resultado pretendido, y sea ese el motivo por el que pueda entenderse que existe un incumplimiento contractual.

Consideramos que sin mucha finura terminológica, muchas veces se confunde la restitución *in natura* con la *reparación específica*¹¹⁴¹ - especialmente cuanto se analiza la responsabilidad extracontractual -, sin embargo, "*la restitución consiste en la devolución de la cosa a la persona que la poseía*"¹¹⁴², mientras que la reparación específica supone "*la puesta en práctica de la actividad precisa para reponer lo dañado*"¹¹⁴³ - entendemos que el interés contractual puede ser lo dañado -.

Una prueba de esta confusión terminológica la encontramos, por ejemplo, en las palabras de VICENTE DOMINGO que señala que la restitución pretende colocar al dañado en la situación previa a la producción del daño a través de la restitución específica o *in natura* del perjuicio¹¹⁴⁴. La autora citada considera que, en casos de daños corporales "*no cabe otra posibilidad que la reparación pecuniaria*"¹¹⁴⁵.

Sea como fuere, cuando la actividad que deba desarrollarse no sea simplemente devolver la posesión de un bien al perjudicado, estaremos frente a reparaciones y no frente a restituciones y, al igual que sucede con la restitución, que puede ser *in natura* o por *equivalente pecuniario*; la reparación podrá ser *específica* o por *equivalente*.

Pese a la opinión de la autora, y pese a lo similares que serán en ocasiones los desajustes de resultado con los daños corporales en nuestro objeto de estudio,

¹¹⁴⁰ Aquél que la jurisprudencia en ocasiones entiende que un profesional médico no puede prometer, pero que entendemos que sí que debe ser posible.

¹¹⁴¹ Que nosotros consideramos las dos caras del *Cumplimiento in natura*, es decir, será restitución *in natura* cuando sea posible restituir el estado previo del perjudicado (devolverle el bien sustraído), y será reparación o resarcimiento específico, cuando sea necesario realizar una actuación para conseguir que se cumpla la obligación insatisfecha que producía la lesión en los intereses del acreedor, en nuestro caso de estudio, cuando se realiza una segunda intervención para reparar las imperfecciones de la primera.

¹¹⁴² YZQUIERDO TOLSADA, Mariano (2016), *op. cit.* 610.

¹¹⁴³ *Cit. Supra.* Pág. 610.

¹¹⁴⁴ Señala literalmente la autora: "*persigue colocar al dañado en la situación anterior a la producción del mismo [el daño] a través de la restitución específica o <<in natura>> del perjuicio (...) esta forma de reparación se adapta perfectamente a los daños de naturaleza patrimonial y material y será la que prevalezca siempre que la obligación sea posible y no sea excesivamente gravosa para el causante del daño*". VICENTE DOMINGO, Elena, "Capítulo III. El daño" *op. cit.* Pág. 401.

¹¹⁴⁵ *Cit. Supra.* Pág. 401.

consideramos que en los casos de actos médicos de satisfacción con finalidad estética, donde se haya comprometido un cierto resultado y el mismo no haya sido logrado, cabe, en primer lugar, la reparación *específica* del acreedor - siempre que la misma sea posible y siga interesando al que fue perjudicado por el incumplimiento o defectuoso cumplimiento -, intentando que mediante una nueva intervención se logre, al fin, el objetivo pactado (o prometido) que pretendía la intervención. Y que será solo cuando ello pase a considerarse imposible, cuando procederá el resarcimiento mediante equivalente pecuniario, que se estudiará a continuación.

Consideramos que cabe la reparación en especie, como método inmediato de reparación de la lesión a los intereses del acreedor contractual, incluso cuando suponga que se repita la intervención - algo que *de facto* sucede - o que se realice una segunda praxis médica, distinta a la primera, con el objetivo de ajustar un poco más aquello que no quedó del todo como se había pretendido. Esto son reparaciones mediante las cuales el deudor - profesional médico - solventa (o lo intenta) todo aquello que hace que su obligación no haya quedado extinguida. Para que esta argumentación guste a la corriente mayoritaria - de la que no formamos parte - y para la jurisprudencia, hay que añadir *siempre que el resultado se hubiera pactado*, pues de entender que no existe compromiso de resultado (y aun así existe vínculo contractual con objetivo médico-estético), en estos casos de desajustes ni siquiera estaríamos hablando de incumplimiento contractual, siempre que el deudor hubiera intervenido con todos los medios disponibles y de conformidad con la diligencia exigible y la *lex artis ad hoc*¹¹⁴⁶.

Así, en los casos en los que tras la intervención médica - sea del tipo que sea - aún existe plena confianza en el profesional médico y no se ha derivado de ella ningún tipo de lesión u otros daños a la persona del acreedor, y además persiste el interés del acreedor en el absoluto cumplimiento de las obligaciones del deudor, puede exigirse este tipo de reparación, que en nuestro caso consistirá en una obligación de hacer (de volver a hacer) en favor del acreedor, que podrá ser realizada por el mismo profesional. Coincidimos con la idea de YZQUIERDO que señala que la elección entre

¹¹⁴⁶ Esta postura entiende que cabría la reparación específica en casos de incumplimiento en los que no se ha llevado a cabo la intervención pactada, pero no en la mayoría de casos que consideramos de cumplimiento imperfecto (*vid.* Capítulo IV, apartado 2.1.).

resarcimiento en forma específica o resarcimiento por equivalente será del perjudicado¹¹⁴⁷.

Otra solución distinta, tendrá el caso en que, además de no haber cumplido con la prestación a la que estaba comprometido - fuera de medios o de resultado - el acreedor haya padecido daños derivados de la actuación del profesional o haya perdido el interés en el cumplimiento del deudor, o también cuando el objeto del contrato se haya convertido en imposible¹¹⁴⁸ durante el incumplimiento del deudor. En estos casos, coincidimos con la autora referida previamente en que deberá acudir a la reparación mediante equivalente pecuniario, pero el hecho de que las actuaciones médicas se practiquen sobre el cuerpo del acreedor, no hace *per se* que automáticamente deba descartarse la reparación específica, tal y como exponemos seguidamente.

En la práctica médica habitual de los profesionales medico-estéticos, suele suceder que los mismos al observar los definitivos resultados de su intervención, ofrezcan de forma gratuita, o como prácticas incluidas en el precio de la actuación principal, intervenciones sucesivas que pretenden *ajustar* el resultado. Este es otro de los motivos por el que defendemos que no puede considerarse que la intervención de los profesionales jamás es de resultado, cuando en ocasiones en las propias resoluciones judiciales donde se defienden esas posturas, se expone - sin que se le otorgue el valor que realmente tiene como *reparación en especie* - que antes de la reclamación judicial que en las sentencias se están resolviendo, el profesional intervino en repetidas ocasiones al demandante que, al observar que, pese a la reiteración, no se había obtenido el pretendido resultado, había acabado emprendiendo acciones legales.

En nuestra opinión, en esas repeticiones de la intervención contratada o realización de otras, con el fin de afinar el resultado, además de estar admitiéndose tácitamente la promesa del mismo¹¹⁴⁹, el profesional está intentando solventar su

¹¹⁴⁷ Señala el autor: "*es al perjudicado a quien corresponde escoger entre resarcimiento en forma específica (ya sea acometiéndolo él personalmente, ya sea por otra persona a su costa) o el resarcimiento por el equivalente*". YZQUIERDO TOLSADA, Mariano (2016), *op. cit.* Pág. 611.

¹¹⁴⁸ Por ejemplo en casos en que se contratara una concreta actuación - como una inyección con ácido hialurónico-, y la misma pasase a ser imposible de cumplirse sin vulnerar una norma imperativa, como podría ser la prohibición a todos los profesionales a utilizar la sustancia inyectable tras haber descubierto que la misma tiene efectos nocivos para la salud.

¹¹⁴⁹ De no ser así, no encontramos justificación o forma de entender el motivo por el que iba un profesional a regalar sus horas de trabajo a una persona que ya es su cliente y que ya ha obtenido los *medios* a los que el profesional está *exclusivamente* obligado, según estas posturas más contrarias a que se

incumplimiento contractual mediante la reparación. Quizá por ello resulta más sorprendente que las resoluciones judiciales no le den ninguna importancia a estas repeticiones o nuevas intervenciones gratuitas. Aunque puede ser consecuencia de la mala preparación o una mala elección de estrategia procesal por parte de los letrados que defienden los intereses de los acreedores de los actos médicos de satisfacción (perjudicados), que no han considerado relevante forzar el posicionamiento judicial y jurisprudencial sobre estas praxis. Por ello no encontramos resoluciones que hagan especial ahínco sobre la consideración jurídica de esas pequeñas reparaciones que se realizan previamente a que el caso concreto se judicialice. Algo que, además, únicamente sucederá si se realizan sin éxito pero ¿qué sucede si mediante las reiteraciones o reintervenciones, el resultado se obtiene? Lógicamente, que se extingue la obligación del profesional y no existe posibilidad de reclamar. Otro motivo más para insistir en que son una forma de cumplimiento (y que por ello mismo se realizan ante incumplimiento).

Una de las resoluciones donde se puede entrever la existencia de un intento de reparación específica por parte del profesional, es la ya algo antigua Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de diciembre de 2001¹¹⁵⁰, en la que se dice en el Fundamento de Derecho Primero, que expone los antecedentes del caso, lo siguiente:

"[el doctor demandado] le aconsejó la intervención quirúrgica, que le practicó efectivamente el día 23 de marzo de 1977; esta intervención no produjo el resultado pretendido, no estando conforme la paciente demandante con este resultado y de acuerdo con el médico, éste le practicó una nueva el día 3 de julio siguiente; ésta tampoco produjo resultado satisfactorio, al infectarse los injertos, dando lugar a que el maxilar volviese a la posición que ocupaba tras la primera intervención"¹¹⁵¹.

En dicha sentencia, el Sumo Tribunal continúa incidiendo de nuevo en la repetición de intervenciones, esta vez en el Fundamento de Derecho Quinto, donde se establece: *"la primera actuación del demandado no tuvo el resultado buscado, por lo que de común acuerdo –él y la paciente demandante– tuvo lugar una segunda, que tampoco obtuvo el resultado, por lo que, tras consultas y deliberaciones, tuvo que*

puedan prometer resultados en las intervenciones médicas.

¹¹⁵⁰ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 11 de diciembre de 2001. Ponente D. Xavier O'Callaghan Muñoz. RJ\2002\2711.

¹¹⁵¹ Subrayado del fragmento propio para resaltar la alusión a la reparación específica, que se intentó por parte del propio profesional que no alcanzó el resultado correcto en la primera intervención.

desplazarse a los Estados Unidos de América, donde sí lo obtuvo"¹¹⁵². En nuestra opinión, es evidente que la *segunda* intervención es un intento de reparación específica, pues de haberse obtenido el resultado pretendido en ella, no hubiera sido necesario que la afectada viajase a los Estados Unidos a solventar su problema y, seguramente, no hubiera nacido el proceso, que llegó hasta el Tribunal Supremo.

En este caso, sin embargo, tras no haber logrado la solución al problema después del intento de reparación específica, la afectada, acude a otro profesional, por lo que, no habiéndose cumplido con la obligación principal por parte del deudor principal, se le solicita una indemnización que, entre otros conceptos, incluye el *equivalente pecuniario* que se analiza en el apartado siguiente.

2.2. Resarcimiento mediante equivalente pecuniario

Se produce el resarcimiento mediante el pago de equivalente pecuniario, o *<<aestimatio rei>>*, cuando, tras el incumplimiento contractual, el deudor ha manifestado su intención de no cumplir obligaciones, especialmente cuando su prestación es personalísima. También cuando el cumplimiento de la obligación del deudor ha devenido imposible de cumplir; o cuando el acreedor ha perdido el interés en el cumplimiento, además de otros motivos, como por ejemplo el hecho de que en el intento de cumplimiento de la obligación, el deudor haya ocasionado daños corporales al acreedor.

En tal caso, vimos como VICENTE DOMINGO señalaba que en esos supuestos (daños corporales) *no cabía* otra posibilidad que la reparación pecuniaria, pese a que ante esos casos el valor no sería económico¹¹⁵³.

El pago mediante equivalente pecuniario supone un pago "*según la estimación económica de la prestación (<<aestimatio rei>>)*"¹¹⁵⁴ que en realidad no es otra cosa que reparar el menoscabo padecido por el incumplimiento contractual. Pero, en vez de devolviendo el objeto (restitución *in natura*), o realizando las actividades necesarias

¹¹⁵² Subrayado propio del fragmento.

¹¹⁵³ Señala la autora: "*en los casos de daños no patrimoniales, y concretamente, en el de los daños corporales no cabe otra posibilidad que la reparación pecuniaria, en cuanto al daño en sentido estricto, aunque en estos casos la utilidad del dinero es cero*". VICENTE DOMINGO, Elena, *op. cit.* Pág. 401.

¹¹⁵⁴ YZQUIERDO TOLSADA, Mariano, (2016), *op. cit.* Pág. 588.

lograr el cumplimiento contractual o el resarcimiento del perjudicado (reparación específica), se realiza una reparación mediante el pago de una cantidad que "*equivale*" (o más bien pretende equivaler) a la prestación insatisfecha.

En los casos en que la obligación no se hubiera llevado a cabo, el precio sería el importe de la misma prestación, aunque pueda solicitarse, asimismo, una indemnización por los gastos que le suponga lograr la prestación equivalente. Como por ejemplo los gastos de desplazamiento para acudir a otro centro médico-estético. Veremos que estos gastos son indemnización de daños y perjuicios y no son *aestimatio rei*, sino que se derivan del incumplimiento contractual, pero ya sí que forman parte de las lesiones patrimoniales vinculadas al incumplimiento que se observarán seguidamente.

Para ROCA TRÍAS y NAVARRO MICHEL, en el ámbito de la responsabilidad extracontractual, el resarcimiento mediante equivalente es indemnización pues señalan que "*existen dos formas de reparación: el resarcimiento en forma específica y la indemnización de daños y perjuicios, es decir, la denominada prestación por equivalente*"¹¹⁵⁵. Sin embargo, dentro del ámbito contractual, se considera que la reparación que en realidad surge por el incumplimiento es una obligación derivada del mismo y, por tanto, no es realmente indemnización de daños y perjuicios, sino ejecución forzosa del cumplimiento, a la que, además podrán añadirse los daños y perjuicios que del incumplimiento se deriven.

Dentro del ámbito de los actos médicos de satisfacción con finalidad estética, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra, de 3 de febrero de 2014¹¹⁵⁶, resolviendo un caso de implantes dentales mal colocados, que se cayeron tras la colocación, establece, en su Fundamento de Derecho Tercero que ante ejecución defectuosa se puede reclamar la reparación *in natura* que equivale a exigir el adecuado cumplimiento *ex art. 1124 CC*, o bien, puede acudir a la resolución e indemnización de daños y perjuicios¹¹⁵⁷. Es decir, la Audiencia Provincial observa, como hacemos

¹¹⁵⁵ ROCA TRIAS, Encarna, y NAVARRO MICHEL, Mónica, *op. cit.* Pág. 235.

¹¹⁵⁶ Sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra, Sección Primera, de 3 de febrero de 2014. Ponente D. Francisco Javier Menéndez Estébanez. AC\2014\129.

¹¹⁵⁷ Señala literalmente la Sentencia: "*ante una ejecución defectuosa se reclama ya la reparación in natura que equivale a exigir el adecuado cumplimiento conforme a lo dispuesto en el art. 1124 CC, o, en su defecto, la resolución e indemnización de daños y perjuicios, que bien puede consistir en el coste de la prestación debidamente cumplida y no correspondida por la contraparte, pero sin tener que guardar necesariamente equivalencia ni en lo cualitativo ni en lo cuantitativo ya que los daños y perjuicios pueden ser de diversa naturaleza y entidad*". (Subrayado del fragmento propio)

también nosotros, que la reparación *in natura* es más un cumplimiento forzoso que una indemnización, y también dejar que sea el perjudicado por el cumplimiento defectuoso el que escoja qué opción le interesa más.

Como observamos, en la presente resolución la Audiencia Provincial - de igual forma que hacen las autoras citadas - aúna el resarcimiento mediante equivalente pecuniario con los demás conceptos, ya sí indemnizatorios, motivo por el que se crea un concepto de indemnización que incluye el equivalente de la prestación generadora del incumplimiento y otros daños. En el caso concreto - además del precio de la intervención -, se incluyeron dos mil euros en concepto de daño moral y se discuten ciento veinte euros de gastos en una prueba médica, que finalmente la audiencia acuerda reducir del importe de la indemnización que debe abonar el médico al perjudicado, pero por una cuestión de insuficiencia probatoria.

En definitiva, tal y como señalan ROCA TRÍAS y NAVARRO MICHEL, el perjudicado podrá obtener el equivalente pecuniario, que se calculará de conformidad con los parámetros de valoración del daño, y esto es lo que debemos entender como indemnización¹¹⁵⁸. Sin embargo, en el campo de la responsabilidad contractual, el cumplimiento mediante equivalente pecuniario no es indemnización propiamente dicha - sino ejecución equivalente de la prestación incumplida -. Lo cierto es que cuando hablamos de resarcimiento, estamos introduciendo un factor más en la ecuación: el daño que se deriva del incumplimiento contractual y que consideramos que hace que se genere una especie de confusión de elementos de reparación e indemnización, dado que, en definitiva, se trata del pago de una suma que pretende reparar los intereses lesionados, todos ellos, tanto si el interés es el propio cumplimiento como si es alguno de los posibles daños que se derivan del mismo, y que observaremos a continuación.

¹¹⁵⁸Señalan las autoras: "*el dañado tiene derecho a obtener el equivalente pecuniario, calculado de acuerdo con los parámetros aludidos al tratar la valoración del daño. Esta es la indemnización propiamente dicha y es posible utilizarla siempre para reparar cualquier tipo de intereses lesionados*". ROCA TRÍAS, Encarna y NAVARRO MICHEL, Mónica, *op. cit.* Pág. 238.

2.3. Daño Emergente

Tal y como referimos en el capítulo precedente¹¹⁵⁹, del incumplimiento contractual se derivan dos conceptos indemnizatorios referidos a daños patrimoniales, además de las acciones de cumplimiento que ya hemos visto.

El primero de los conceptos indemnizatorios propiamente dichos es el *daño emergente*. La mayoría de la doctrina coincide en definirlo como "*daño patrimonial, directo y efectivo*"¹¹⁶⁰ o "*la disminución de los valores patrimoniales que el perjudicado tenía en su haber*"¹¹⁶¹.

La dificultad principal que presenta el *daño emergente* es que debe ser un daño cierto. Para los casos de incumplimiento contractual, cuando la obligación es de hacer como la del médico, el primero que se nos ocurre es, por ejemplo, que el perjudicado hubiera realizado ya el pago de la intervención y la misma no se llegara a realizar. Ese incumplimiento tiene como daño emergente (directo y efectivo) el desembolso ya realizado de un importe cierto a cambio de una inexistente intervención. Pero también se originan ciertos gastos adicionales, como el desplazamiento para ir a que se le practicara la intervención, o cualquier otro concepto real y demostrable como una reserva de hotel, para pasar el postoperatorio.

Además de probar la existencia de esos daños ciertos, los mismos tienen que estar vinculados al incumplimiento contractual¹¹⁶². Si por ejemplo la persona que iba a intervenirse aprovechó para pasar una semana de vacaciones antes de la intervención en la ciudad en la que iba a suceder la misma, no podemos considerar que ese desplazamiento previo, que no formaba parte del contrato (ni tiene una vinculación con el objeto de la intervención), fuera un daño emergente, pues para realizar la intervención bastaba con llegar a la misma a la fecha y hora acordada. Sin embargo, si la intervención médica se adquirió como vinculada a un paquete de "vacaciones estéticas"¹¹⁶³, en nuestra opinión la insatisfacción contractual o el incumplimiento debe

¹¹⁵⁹ Vid. Capítulo IV, apartado 2.7.3.a).

¹¹⁶⁰ VICENTE DOMINGO, Elena, *op. cit.* Pág. 342.

¹¹⁶¹ ROCA TRÍAS, Encarna y NAVARRO MICHEL, Mónica, *op. cit.* Pág. 196.

¹¹⁶² En palabras de VICENTE DOMINGO "*conectados causalmente con el hecho dañoso*". VICENTE DOMINGO, Elena, *op. cit.* Pág. 342.

¹¹⁶³ Algo que para nada debe sorprendernos, pues están proliferando las entidades especializadas en ofertar viajes de cirugía estética (en España hay varios ejemplos, uno de los más conocidos en Ibiza, concretamente la entidad Eiviluxury que ofrece alojamiento más cirugía estética), donde los primeros días

abarcas como daño emergente todo el paquete de servicios que se adquirió, *precisamente*, para la realización de la misma y está especialmente vinculado con el acto médico de satisfacción con finalidad estética.

Según la doctrina consultada, uno de los principales problemas de este concepto indemnizatorio es su límite, pues las partidas que se reclamen, además de estar vinculadas al perjuicio (en nuestros casos de estudio, deben derivar del incumplimiento contractual o del cumplimiento defectuoso), deben quedar justificadas pues el perjudicado no debería aprovechar el incumplimiento para *incurrir en mejoras o en gastos excesivos*¹¹⁶⁴. Aunque qué concepto supondría en el caso concreto una mejora o gasto excesivo es algo que queda a la valoración del juzgado o tribunal al que corresponda resolver la reclamación. Es decir, dependerá de cada causa y de cada decisión jurisdiccional, la estimación de unos gastos como especialmente vinculados e indemnizables como daño emergente, o no vinculados y, por tanto, no indemnizables, dado que la apreciación de existencia o no de vinculación del gasto al incumplimiento quedará a la interpretación de los aplicadores del derecho.

No podemos perder de vista que el *daño emergente* se refiere exclusivamente a un importe económico, a una lesión patrimonial, y veremos que esta partida no será incompatible con los daños no materiales, que estudiaremos a *seguidamente*¹¹⁶⁵, sino que serán plenamente compatibles con los mismos.

2.4. Lucro cesante

Ya nos referimos al *lucro cesante* en el Capítulo anterior¹¹⁶⁶, y se define el mismo como "*beneficios o ganancias que se han dejado de obtener, como consecuencia*

se disfrutaban unas vacaciones con actividades y visitas turísticas, en mitad de la estancia se realiza la intervención seleccionada y tras la misma, se guardan ciertos días para las primeras etapas de postoperatorio. El objetivo de estos viajes con finalidad médico-estética es aprovechar los días de vacaciones para volver a casa con un aspecto mejorado. Puede consultarse la existencia de paquetes promocionales de "vacaciones estéticas" en <http://www.eiviluxury.com/> (Consultada el 19 de febrero de 2017).

¹¹⁶⁴ VICENTE DOMINGO, Elena, *op. cit.* Pág. 343. La autora señala, literalmente: "*no puede aprovechar el perjudicado o los terceros, para incurrir en mejoras o en gastos excesivos*".

¹¹⁶⁵ *Vid.* Apartado 3 y siguientes del presente capítulo.

¹¹⁶⁶ *Vid.* Capítulo IV, apartado 2.7.3.b).

de haber sufrido un daño"¹¹⁶⁷, es decir, como la pérdida de ingresos que son "consecuencia directa e inmediata del hecho lesivo"¹¹⁶⁸. Esto supone que, tal y como sucede con el daño emergente, nos movemos dentro del marco de los daños patrimoniales.

Sin embargo, a diferencia del daño emergente, el lucro cesante siempre conlleva un cierto grado de *incertidumbre*¹¹⁶⁹, dado que se refiere a los ingresos no obtenidos por el perjudicado a causa, en este caso, del incumplimiento contractual o del cumplimiento defectuoso. Es decir, en vez de estar ante un perjuicio ya existente (daño emergente) estamos ante un beneficio no obtenido.

Aunque en los casos de *mala praxis* vinculados a actos médicos de satisfacción con finalidad estética es más fácilmente identificable el daño emergente que el lucro cesante, porque es difícil concretar en qué se hubiera beneficiado el deudor patrimonialmente si la intervención estética no hubiera generado daños, no podemos omitir su existencia si se prueba *ad casum*, que el sujeto perjudicado por su deudor contractual podía haber obtenido ciertas ganancias que, el incumplimiento contractual o el cumplimiento imperfecto le han imposibilitado obtener.

Pensemos, por ejemplo, en el caso de intervenciones que finalizan con lesiones en la persona intervenida, lo que lleva a que la misma no pueda afrontar sus compromisos profesionales, por necesitar nuevas intervenciones o un periodo de reposo más largo de lo esperado. Y pensemos ahora en la cantidad a la que podría elevarse el concepto de lucro cesante, si la persona perjudicada por un incumplimiento contractual o un cumplimiento defectuoso en este tipo de actos médicos, es una de las modelos de la reconocida marca estadounidense de lencería femenina que, en ocasiones, llegan a facturar cientos de miles de euros por cada uno de los desfiles en los que participan.

En la obra de YZQUIERDO, se señala que, en muchas ocasiones, "*la jurisprudencia española se ha mostrado excesivamente prudente en la reparación de todo cuanto haga referencia a las ganancias frustradas*"¹¹⁷⁰. Según el autor, en una idea que compartimos, "*si bien es cierto que <<el solo incumplimiento contractual no genera el deber de indemnizar>>, no se puede generalizar esta máxima: <<más bien*

¹¹⁶⁷ ROCA TRÍAS, Encarna y NAVARRO MICHEL, Mónica, *op. cit.* Pág. 196.

¹¹⁶⁸ VICENTE DOMINGO, Elena, *op. cit.* Pág. 345.

¹¹⁶⁹ *Cit. Supra.* Pág. 345.

¹¹⁷⁰ YZQUIERDO TOLSADA, Mariano (2016), *op. cit.* Pág. 618.

se trata con ella de indicar que hay ocasiones en las que no procederá indemnizar (...)>>"¹¹⁷¹.

Es decir, deberá valorarse caso por caso si existe la posibilidad de que se puedan incluir en la indemnización conceptos por causa del lucro cesante, que aunque sea ciertamente una cuestión probabilística, pues nadie podía asegurar del todo a la modelo (por seguir con el ejemplo anterior) que de haber salido bien su intervención iba a participar sí o sí en el desfile y que iba a poder ganar cientos de miles de euros, pero definitivamente es una expectativa probable, si por ejemplo ella puede demostrar que ya había sido seleccionada en otras ediciones o que ya había firmado el contrato y solo debía estar bien para el día de la fecha. Y sería igualmente fácil observar como por causa de la deficiente intervención, no podrá acudir a esa cita profesional, que conlleva una pérdida económica enorme para la perjudicada.

Tal y como sucede con el *daño emergente*, el lucro cesante no es impeditivo para que quepan, si es posible, otros conceptos indemnizatorios que pretendan reparar o resarcir otros daños, como los daños personales y corporales que seguidamente estudiaremos.

3. La indemnización ante daños personales y corporales

Los conceptos que hemos analizado hasta el momento, son los que se derivan más claramente del incumplimiento contractual, por ello veíamos como algunos de ellos no eran *propriamente*, conceptos indemnizatorios, sino formas de cumplimiento forzoso o elementos surgidos del cumplimiento defectuoso o inexistente.

Desde este epígrafe, vamos a proceder al estudio de conceptos ya sí plenamente indemnizatorios, relacionados y vinculados muy estrechamente con los distintos tipos de daños que consideramos que más frecuentemente pueden conllevar - o derivarse de - los actos médicos de satisfacción con finalidad estética.

Realizamos un estudio por niveles, intentando aportar algo de claridad a la mezcla conceptual, producida en parte por la enorme cantidad de textos jurídicos que versan sobre la materia, y también de resoluciones judiciales. Todos estos textos y

¹¹⁷¹ *Cit. Supra.* Pág. 619.

resoluciones tratan estas cuestiones indemnizatorias de forma muy distinta, sembrando, un ambiente en el que tanto para el que causa el daño, como para el que lo padece, existe un alto nivel de inseguridad jurídica que imposibilita o dificulta, tanto el derecho de defensa del causante del daño, que no tiene por qué responsabilizarse de conceptos que se excedan del daño o lesión efectivamente provocada, como el derecho del perjudicado a ser resarcido por las lesiones y perjuicios padecidos.

Esta situación no contenta a nadie y consideramos que debería subsanarse, mediante una actualización normativa que recondujera los conceptos, o ajustara y esclareciera su definición y en qué situaciones son o no aplicables. Mientras eso no suceda, aportamos nuestra prudente opinión al respecto de los conceptos implicados, y sobre a qué supuestos consideramos circunscribirlos.

En los siguientes apartados se definirán los daños personales, corporales, materiales, morales, el perjuicio estético, la pérdida de oportunidad. Antes de entrar en su desarrollo vamos a ofrecer una distinción conceptual propia, de dos clases de daños que consideramos podrían utilizarse, erróneamente, como sinónimos, sin que lo sean. Nos referimos a los *daños personales* y a los *daños corporales*. Generalmente, se suelen distinguir los daños entre patrimoniales y no patrimoniales, siendo los primeros los que afectan a los bienes materiales del perjudicado y los segundos los que no, si se nos permite la distinción un tanto simplista. La mayoría de la doctrina incluye dentro de los *daños no patrimoniales*, los corporales y otros daños como los morales.

Sin embargo, para el caso del contrato de actos médicos de satisfacción, consideramos oportuno facilitar otra categorización que divide los daños en: daños patrimoniales - ya estudiados, al ser principalmente los derivados del incumplimiento contractual, aunque pueden haber otros -, y los *daños personales*, que son los que padecerá en su persona el perjudicado, y que entendemos como un nivel superior al de los daños corporales.

Como acertadamente señala CRIADO DEL RÍO, lo corporal hace referencia a lo relativo al cuerpo, por lo que parece referirse propiamente a lo físico, sin embargo, lo personal parece hacer una alusión más completa al ser humano¹¹⁷², por lo que

¹¹⁷² Señala literalmente: "*mientras lo corporal hace referencia a todo lo relativo o perteneciente al cuerpo y se restringe únicamente a la <<integridad corporal o psicofísica del ser humano>>, que incluso parece tan solo física, el término persona incluye <<todo aquello que conforma al ser humano,*

coincidimos con la autora en que acudir al término corporal puede dar lugar a errores en la interpretación, que quizá son más fácilmente evitables si entendemos los daños como personales, y por tanto vemos en ellos una posibilidad física o corporal, y otra psíquica, emocional, psicosocial, etcétera.

Así, nuestra distinción no es, simplemente, entre patrimoniales y no patrimoniales, sino entre patrimoniales y personales, y no es que el patrimonio no sea de la persona perjudicada, pero observamos como los daños que tradicionalmente se conocen como patrimoniales especialmente en el mundo de la responsabilidad extracontractual, están más estrechamente vinculados con los daños derivados directamente del incumplimiento contractual¹¹⁷³. Los personales, se derivan del incumplimiento contractual, pero no afectan tan directa y exclusivamente al patrimonio del afectado, sino a su persona (en el aspecto físico, pero también en otras vertientes), y son especialmente significativos dado que estamos ante actos médicos que se realizan sobre la persona y que pueden afectar no solo al cuerpo en el sentido más físico, sino también afectar a la integridad psíquica, emocional, psicosocial o intelectual de la persona perjudicada.

3.1. Daños Personales

Por *daños personales* entendemos aquellos que padece *en su persona* el perjudicado, tras un acto médico de satisfacción, que incluyen (o pueden incluir) muchos conceptos.

Sin ánimo de elaborar una lista cerrada de conceptos indemnizatorios que pueden pertenecer a este grupo de daños, para el caso concreto de los daños derivados de actos médicos de satisfacción, consideramos englobables dentro de los *daños personales* que serán seguidamente analizados, tales como los daños corporales, el perjuicio estético - que consideramos especialmente significativo -, y los daños morales.

También entendemos que, fruto del tipo de obligación contractual existente, pueden surgir daños personales, especialmente si consideramos que el contrato que

su integridad corporal psicofísica, sus sentimientos, aptitudes y capacidades y el desarrollo e interrelación con sus diferentes medios ambientes>>". CRIADO DEL RÍO, María Teresa, op. cit. (Tomo I). Pág. 45.

¹¹⁷³ Como el *daño emergente* y el *lucro cesante*, ya analizados anteriormente.

vincula al profesional y al cliente es un contrato que incluye una obligación de resultado. Pues en esos casos, incluso en una situación en la que no existiera un daño corporal (lesión) en el acreedor del acto médico de satisfacción, no obtener el resultado pactado, supone para el mismo - en nuestra opinión - un daño personal.

En las ocasiones en las que considere que existía una promesa de resultado, o si llega a superarse este requisito de creación jurisprudencial, podrá considerarse que la falta de obtención del resultado puede ser considerado un daño personal pues el perjudicado por esta no obtención del fin perseguido habrá visto modificado su aspecto, en una forma distinta a la acordada o pretendida. En nuestra opinión, son daños a los intereses personales del sujeto, que contrató estas actividades profesionales para un fin concreto, y el mismo no fue obtenido, con la peculiaridad de que, además en muchos casos será muy difícil retornar al estado original, previo a la intervención, por lo que no se podrá deshacer fácilmente el cambio realizado.

En los casos en los que, además, se hayan derivado lesiones corporales para los perjudicados, aquellos daños vinculados a la no obtención del concreto resultado quedan completamente disipados, enmascarados dentro de varias categorías indemnizatorias, por lo que son *daños olvidados*. Especialmente por la suma de los factores siguientes: como regla general no suele observarse en la actualidad la existencia de una promesa de resultado, además, en la mayoría de casos en las que el resultado no se obtiene, se reclaman a la vez otros daños personales, en forma de daños corporales (lesiones, daño moral,...) entre los que se diluye el daño personal relativo al interés del sujeto en la intervención, que no era un interés económico y por ello consideramos que no encaja tan bien dentro de los daños patrimoniales derivados de incumplimiento contractual.

La principal dificultad de todos los daños personales, pero especialmente cuando los mismos se relacionan con el interés personal en el objetivo de la intervención, recae en la casi imposible valoración de los daños, como afortunadamente señala SABATER BAYLE¹¹⁷⁴.

¹¹⁷⁴ Dice la autora: "la complejidad que presenta el panorama de los daños a la persona, en sus variadas manifestaciones, ha dificultado tradicionalmente la labor de su valoración o cuantificación pecuniaria, puesto que así como las cosas son por naturaleza bienes patrimoniales, los atributos de la personalidad - vida, integridad física y moral - carecen de valor pecuniario". SABATER BAYLE, Elsa, *El Baremo para la Valoración de los Daños Personales*. Ed. Aranzadi. Pamplona. 1998. Pág. 16.

La referida autora nos explica, con mucho acierto a nuestro entender, que tanto los juristas como los leguleyos nos confundimos al hablar de indemnización referida a los daños de carácter personal. Dado que "*si <<indemnizar>> significa <<dejar indemne>> es evidente que la deuda indemnizatoria solamente puede tener por objeto reponer un patrimonio al estado en que se encontraba antes de producirse un daño. Pero no es posible dejar indemne p. ej., a quien ha sufrido la amputación de una pierna mediante la reposición de otra ortopédica o el pago de una elevada cifra de dinero(...) lo único que puede hacerse en tales casos de daños a la persona es <<compensar por el padecimiento>>, ayudar económicamente a aligerar en lo posible las consecuencias del daño*"¹¹⁷⁵, por lo que no podemos dejar indemnes los daños personales ya ocasionados.

La realidad es, sin embargo, que pese a la opinión de la autora, se usa en general indistintamente la categoría *indemnización* para casos de reposición o reparación de daños patrimoniales y para casos de *compensación* de daños personales, incluidos los corporales y los morales, entre otros.

3.2. Daños corporales

Los daños corporales son los daños que padece el perjudicado en su propio ser, y se identifican con las lesiones que padecen los damnificados y que no solo son de tipo físico, así que los daños corporales suelen identificarse por la doctrina como capaces de producir consecuencias de caracteres patrimoniales y no patrimoniales. Según ROCA TRÍAS Y NAVARRO MICHEL los daños corporales son "*lesiones corporales que no ocasionan la muerte, sino la enfermedad, la pérdida de algún miembro o las secuelas que provocan una discapacidad, permanente o no*"¹¹⁷⁶.

En palabras de YZQUIERDO "*los daños corporales pueden tener consecuencias pecuniarias (gastos médicos y paramédicos realizados, de farmacia y rehabilitación, de entierro y funeral, pérdida de rentas, ganancias y hasta de oportunidades) y no pecuniarias (dolor físico o pretium doloris, perjuicio estético, perjuicio sexual, pérdida de agrado, pretium affectionis de los terceros perjudicados por*

¹¹⁷⁵ SABATER BAYLE, Elsa, *Op. cit.* Pág. 17.

¹¹⁷⁶ ROCA TRÍAS, Encarna, y NAVARRO MICHEL, Mónica, *op. cit.* Pág. 202.

las lesiones o la muerte de una persona, etc.), considero que, una vez aceptada sin reparos la categoría, fenomenológicamente autónoma, del daño corporal, es perfectamente asumible reconducir la cuestión a la dicotomía tradicional (daños materiales o patrimoniales y daños morales), que ve las cosas desde el punto de vista de las consecuencias, y que es, por cierto, la utilizada de manera explícita por el art. 113 C. pen."¹¹⁷⁷. Coincide con esta visión las autoras ROCA TRÍAS y NAVARRO MICHEL, que también señalan que los *daños corporales* también incluyen "el *daño patrimonial* consistente en la pérdida de ingresos, el perjuicio en la capacidad de obtenerlos (...), y los gastos razonables, tales como el coste de la atención médica"¹¹⁷⁸.

Para poder estudiar con mayor atención los daños corporales, que son desgraciadamente frecuentes en los actos médicos de satisfacción con finalidad estética, hemos propuesto, nuestra propia estructura "*daño patrimonial vs daño personal*" (que ciertamente podría encajar en la primera dicotomía patrimonial vs no patrimonial) pero que consideramos más visual para, posteriormente, introducir los daños corporales como tipo de daño personal.

Sea como fuere, los consideramos a todos ellos (corporales, morales, perjuicio estético, perjuicio sexual,...) de mucha relevancia en el caso de los contratos de servicios médicos, dado que en ocasiones serán más graves que los perjuicios materiales que puedan derivarse de incumplimiento contractual, e incluso, una vez transformados en cuantificación económica de tipo compensatorio, serán más relevantes dentro del *quantum* indemnizatorio.

Los daños personales engloban al mismo tiempo los morales, el perjuicio estético o el perjuicio sexual y todos los otros daños de tipo lesión, que normalmente se consideran tipos de *daño corporal*, y que en nuestra opinión, vienen del daño personal (no patrimonial) y no del daño corporal (que tiene consecuencias patrimoniales y no patrimoniales).

Preferimos estudiar los daños corporales y sus otros daños relacionados (morales, perjuicio estético, ...) como si fueran paralelos y no piramidales, considerando que se engloban todos dentro de la categoría de *personales*, para poder estudiar los físicos de forma independiente al resto, que se analizarán posteriormente. Además, en

¹¹⁷⁷ YZQUIERDO TOLSADA, Mariano (2016), *op. cit.* Pág. 187.

¹¹⁷⁸ ROCA TRÍAS, Encarna, y NAVARRO MICHEL, Mónica, *op. cit.* Pág. 203.

nuestra opinión, tal y como veremos al analizar los daños morales¹¹⁷⁹, pueden existir daños morales o por ejemplo perjuicios en la vida sexual, sin que exista un daño corporal entendido como lesión física. Por ello, en vez de considerar estos daños dependientes del daño corporal, consideramos más oportuno que estén en la misma línea horizontal, y que puedan reclamarse, en cada caso concreto, los que exactamente hayan existido (por ejemplo: físico, más estético, más moral; o bien, solo moral; o físico más moral, etc.) creando una línea de daños, a la que podrá acudir para seleccionar los que sean aplicables al caso concreto.

A todo lo expuesto, hay que añadir que en nuestro caso, los daños físicos o *pretium doloris* que se pueden derivar de los actos médicos de satisfacción con finalidad estética, son frecuentes y de entidad tal, que justifican que nos centremos en ellos pormenorizadamente, como *daños corporales*, de igual forma que nos centraremos en los perjuicios estéticos, por lo simbólico de ellos en el caso de derivarse de estas intervenciones que, precisamente nacieron con objetivo de embellecer el cuerpo y mejorar la apariencia estética de las personas ahora perjudicadas. Y es que cuando nos encontramos ante intervenciones o actuaciones médicas que generan daños en el cuerpo de los clientes, podemos hallarnos ante distintos tipos de daños.

Estos daños personales son ciertamente complejos de definir y tratar, dado que no es lo mismo una *lesión* que una *secuela* (que pueden ser, o no, corporales), que otro tipo de daños, como por ejemplo los daños sexuales o el perjuicio estético o los daños morales; aunque tradicionalmente se incluyen todos dentro del grupo *daño corporal*.

Si atendemos a nuestra idea de *daño corporal* como daño personal de tipo lesional, y más bien como sinónimo de *pretium doloris* (dolor físico), que como conjunto de daños (moral, estético, sexual, físico,...), y nos fijamos en la terminología que se utiliza en el ámbito jurídico y médico para hablar de este tipo de daños corporales, podremos observar que, en primer lugar debemos definir las *lesiones*.

Según lo que establece CRIADO DEL RÍO una lesión es "*toda alteración anatómica o funcional de cualquier aparato o sistema del organismo, de carácter físico o psíquico, o bien toda alteración de la integridad corporal física o psíquica*"¹¹⁸⁰. En

¹¹⁷⁹ Vid. Aparado 3.4. del presente capítulo.

¹¹⁸⁰ CRIADO DEL RÍO, M^a Teresa, *Valoración Médico Legal del daño a la persona. Valoración del daño corporal*. Tomo II. Ed. Colex. 2010. Madrid. Pág. 18

consecuencia, la lesión pertenece al primer nivel del daño corporal, el *nivel lesional*¹¹⁸¹, pero incluye perjuicios no solo físicos, por lo que vemos que la idea de lesión es más amplia que la idea de dolor físico o corporal, en sentido estricto.

Según la teoría de la autora citada, cuando existe este primer nivel de daño corporal es preceptivo acudir a los siguientes niveles, a analizar si el daño concreto es una lesión física o por el contrario, si es más que una mera lesión física o lo que es lo mismo: si es más grave y afecta, también, a otros aspectos del perjudicado.

Las lesiones tienen, como vemos a raíz de su definición, una entidad propia y son relevantes para las víctimas de las mismas *per se*, pero el daño puede concluir en una lesión o afectar otros niveles. Cuando una lesión se considera permanente, estabilizada, consolidada o crónica se considera por los profesionales médicos y legales que se trata de una *secuela*, y siguiendo las exposiciones de CRIADO DEL RIO debemos entender la secuela como "*toda alteración anatómica o funcional, de cualquier aparato o sistema del organismo, física o psíquica, de carácter permanente porque ya no es susceptible de mejoría con los medios terapéuticos del momento, que generalmente tiene como consecuencia una incapacidad funcional corporal permanente*"¹¹⁸².

Como observamos, la definición de secuela nos lleva a la observancia de un segundo nivel dentro de los daños corporales, en ocasiones el primer nivel (o nivel lesional) lleva a la existencia de una alteración de carácter funcional, en estas ocasiones estamos ante el segundo nivel o *nivel funcional del daño*¹¹⁸³. Este nivel comporta una alteración de alguna función corporal¹¹⁸⁴, el cual provocará que la víctima padezca una incapacidad funcional (cojera, insuficiencia renal, deglución incorrecta,...).

¹¹⁸¹ Según la teoría de CRIADO DEL RÍO se señalan tres niveles de daño corporal. Es una división muy útil y asentada, especialmente en el derecho práctico, dado que los teóricos del derecho en múltiples ocasiones no entran a caracterizar los distintos niveles del daño corporal de forma demasiado exhaustiva, pues cuando realmente es necesario entrar en ella es cuando se está valorando realmente el daño, para cuantificarlo y poder proceder a su reclamación. Seguimos la teoría de la Dra. CRIADO DEL RIO, por tener unas connotaciones médicas apropiadas y que en la práctica legal es útil para los profesionales del derecho que deben defender y decidir al respecto de daños corporales, sin embargo, haremos hincapié en que no perder de vista al propio daño corporal o *pretium doloris*, pues más adelante, en el presente capítulo desarrollaremos en profundidad la valoración y cuantificación de los daños, de todo tipo.

¹¹⁸² CRIADO DEL RIO, M^a Teresa, *op. cit.* (Tomo II). Pág. 21.

¹¹⁸³ Como se ha dicho, todo ello siguiendo las categorías propuestas por CRIADO DEL RÍO..

¹¹⁸⁴ A modo de ejemplo, la función de deambulación, la función de deglución, la función respiratoria, la función relacional, etcétera.

Existen secuelas (lesiones definitivas) que, sin embargo, no tienen porque comportar un daño funcional, por ejemplo, las cicatrices son lesiones que una vez estabilizadas no desaparecen. La piel lesionada no es capaz de sanar perfectamente y queda una cicatriz, que es una secuela - precisamente por ser una lesión que no puede recuperarse por completo - y además deberá ser valorada como perjuicio estético¹¹⁸⁵. Pero que en la mayoría de casos, no producirá una alteración en los sistemas o funciones corporales, salvo casos excepcionales donde las cicatrices sean muy profundas y afecten por ejemplo a la movilidad de las extremidades. En resumen puede haber lesiones corporales que se comporten como secuelas y otras que, sin embargo, no se comporten como tal. A esto hay que añadir que en caso de existir secuelas, las mismas serán distintas en cada perjudicado, aspecto que hace realmente complejo establecer pautas generales de actuación y de valoración de estos perjuicios corporales.

La ciencia médica y especialmente los forenses, médicos legales y valoradores del daño corporal, hablan a continuación de un tercer nivel del daño corporal. Se trata del *nivel situacional del daño*. A este nivel se llega cuando la lesión (nivel lesional) o la alteración funcional (nivel funcional) afectan a la vida diaria de la persona. El nivel *situacional* provoca incapacidades específicas¹¹⁸⁶, que afectan a la vida familiar, laboral, social, afectiva,... en definitiva, que alteran la situación anterior al daño corporal.

Toda lesión, afecte o no a las funciones y sea o no una secuela, puede conllevar daños en el nivel situacional de igual modo que puede conllevar consecuencias o perjuicios derivados de la existencia de la propia lesión. Es el caso de los *gastos económicos* que se derivan de las lesiones, y que en la práctica jurídica se cuantifican como los gastos asistenciales, y que están constituidos, por poner un ejemplo, por los tratamientos médicos y farmacológicos, además de todos aquellos gastos que tengan como objetivo que la víctima de la lesión o secuela vuelva a su *vida normal* (previa al daño corporal). Tal y como refería YZQUIERDO, en la cita del inicio del presente apartado, estos gastos, serán de tipo patrimonial, y consideramos que deben englobarse en las categorías de daño emergente o lucro cesante, ya analizadas¹¹⁸⁷.

Vista la enorme dificultad existente para definir el concepto de daño corporal, no nos sorprende descubrir que más difícil es, si cabe, cuantificar estos daños. Como muy

¹¹⁸⁵ Tal y como observaremos seguidamente, en el apartado 3.3. del presente Capítulo.

¹¹⁸⁶ CRIADO DEL RIO, M^a Teresa, *op. cit.* (Tomo II). Pág. 22.

¹¹⁸⁷ *Vid.* Apartados 2.3. y 2.4. del presente capítulo.

acertadamente señala FERNÁNDEZ HIERRO, falta en nuestro ordenamiento jurídico herramientas jurisprudenciales, doctrinales o normativas que faciliten a los operadores jurídicos la valoración de los daños corporales, algo que se ha solventado, según el propio autor, en otros aspectos del ordenamiento, pero que no existen para el caso de la responsabilidad civil contractual y extracontractual general¹¹⁸⁸.

Coincidimos con el autor, y observamos, de hecho, que toda la doctrina, llegados a este punto, habla de los daños patrimoniales (gastos médicos, medicamentos, desplazamientos, reintervenciones,...), pero que, o se pasa de puntillas sobre la valoración concreta de la lesión física, o se acude al baremo de accidentes de circulación¹¹⁸⁹ que, como su propio nombre indica, es un baremo creado para los accidentes de circulación y que, *a priori*, no sería de aplicación (al menos no de aplicación obligatoria) en caso de lesiones médicas, pues no son producidas dentro de su ámbito concreto de aplicación.

Y es que como dijimos ya anteriormente, lo que sucede ante un daño corporal, como pasa con los morales o con el perjuicio estético, entre otros, es que no son daños que puedan cuantificarse. ¿Cuánto vale no sentir dolor y cuánto me deben dar por hacer que lo sienta? Como no es posible dar una respuesta a esos interrogantes, en vez de pagarse una cuantía ajustada al daño (como sucede con los daños materiales -por ejemplo, cuando se paga el precio de la nueva intervención-), se establece una compensación, que es imposible que se corresponda realmente con el daño que pretende compensar, pues es de imposible cuantificación.

Incluso cuando quepa la reparación, mediante otra intervención, tal y como señala FERNÁNDEZ HIERRO es probable que la compensación se haga en metálico, tras un daño corporal, pues no se puede obligar al perjudicado a aceptar una

¹¹⁸⁸ Señala el autor: "*falta - al menos en España - una doctrina - y más aún una jurisprudencia - que sienta unas premisas generales en torno a la indemnización proveniente de daños corporales; ya que mientras los daños físicos ocasionados en algunos supuestos determinados en la ley - como provenientes de accidente de trabajo - tienen una valoración legal predeterminada y unas pautas para señalar la reparación correspondiente; tales premisas faltan en los supuestos generales de responsabilidad civil, tanto contractual como extracontractual*". FERNÁNDEZ HIERRO, José Manuel, *Sistema de Responsabilidad médica*. Ed. Comares, 5ª edición. 2007. Granada. Pág. 324.

¹¹⁸⁹ Que analizaremos en el apartado correspondiente a la valoración y cuantificación de los daños (*Vid.* Apartado 6.1. del presente Capítulo).

intervención sobre su propio cuerpo y, además, lo que buscará esa reparación es abonar el importe de la intervención necesaria para mejorar su situación¹¹⁹⁰.

Como ya vimos al hablar de la reparación y el resarcimiento, compartimos esta idea del autor, pero también admitimos que, de hecho, en muchas ocasiones sí que se acepta por parte del perjudicado la repetición de la intervención, para intentar subsanar las imperfecciones, aunque entendemos que en caso de daños corporales - y no meras imperfecciones en el resultado de la actuación médica -, será ciertamente más complejo que el perjudicado acepte volver a ser intervenido por el profesional que lo dañó.

Cuando analicemos la concreta valoración de los daños¹¹⁹¹, tendremos oportunidad de observar las distintas propuestas existentes para la concreta cuantificación de los *daños corporales*, pero antes de finalizar el apartado, consideramos oportuno ver un ejemplo del tratamiento judicial de los daños de esta clase.

Podemos observar como la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, de 13 de junio de 2008¹¹⁹², primero en su Fundamento de Derecho Segundo, y posteriormente en el Tercero, establece:

"(...) tanto con relación a los daños corporales, como son las secuelas y cicatrices derivadas de la operación, como de los daños morales, al no existir unos criterios cuantitativos para fijar tales daños, debe tenerse en cuenta por un lado, la valoración legal que otros sectores pueden hacerse con relación a las lesiones corporales, pudiendo servir con carácter indicativo las normas y baremos que sobre estos daños se establecen en el ámbito de la circulación de vehículos de motor, mientras que con relación al daño moral, es aún más difícil no solo su cuantificación sino su propia configuración".

Vemos claramente como en esta ocasión se refleja la compleja realidad relativa a la indemnización de estos daños.

¹¹⁹⁰ Señala literalmente el autor: *"en supuesto de daño corporal la indemnización será en metálico porque aún cuando se pueda propugnar que cabe una reparación en especie mediante una nueva operación, la misma nunca podría ser impuesta al perjudicado en virtud del derecho que él tiene sobre su propio cuerpo, y, además y en definitiva, sería también una especie de reparación económica, porque de lo que se trataría es de abonar el costo de una segunda operación"*. FERNÁNDEZ HIERRO, José Manuel, *op. cit.* Pág. 326.

¹¹⁹¹ *Vid.* Apartado 6, 6.1. y 6.2. del presente Capítulo.

¹¹⁹² Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 9ª, de 13 de junio de 2008. Ponente D. Juan Ángel Moreno García. AC\2008\1552.

Para concluir, queremos dejar apuntado que, nos parece valorable la idea apuntada por VICENTE DOMINGO, cuando señala que "*quizá sería más correcto identificar el daño corporal con el daño a la salud, protegido por el artículo 32 de la Constitución Española*"¹¹⁹³, porque el concepto de Salud está actualmente ampliándose, comprendiendo no solo la salud como antónimo de enfermedad, sino como sinónimo de bienestar y, en esos extremos, entraría no solo no padecer daños físicos, sino tampoco sufrir ansiedad, estrés, depresión o consternación psíquica derivada de una lesión, ni tener afectados los aspectos esenciales de la vida. Sin embargo, en honor a la verdad, consideramos que esa apreciación tampoco ayudaría sobremanera a la hora de cuantificar el daño corporal concreto, pues seguiríamos ante una compensación, que no puede equivaler a gozar de buena salud o no padecer lesiones físicas o psicológicas.

3.3. El perjuicio estético ¿un supuesto especial?

El perjuicio estético es definido por CRIADO DEL RÍO como "*daño estético referido a la pérdida o disminución de la atracción resultante de los niveles lesional o funcional del daño*"¹¹⁹⁴, más adelante, en la misma obra, también señala la autora que "*el daño estético hace referencia a la pérdida de belleza o de atracción de la persona*"¹¹⁹⁵, por lo que podemos entenderlo como un perjuicio que empeora el estado estético de la persona que lo padece.

Está extendido de forma pacífica en la doctrina y la jurisprudencia que el perjuicio estético es un tipo de perjuicio relacionado con el daño corporal, aunque a nosotros nos gusta más relacionarlo con el daño personal que sería todo el conjunto de daños no patrimoniales, y situarlo en una línea paralela a las lesiones corporales y morales. Sin embargo, la realidad es que casi siempre, el perjuicio estético es una consecuencia más o menos definitiva de un daño físico, pues para que sea perjuicio estético, es necesario que, además de afear el aspecto del lesionado, sea apreciable por los demás, dado que la belleza es valorativa. Eso no quiere decir que debe ser una lesión visible, sino que, en caso de verse, por ejemplo porque el perjudicado quiere mostrarla,

¹¹⁹³ VICENTE DOMINGO, Elena, *op. cit.* Pág. 361.

¹¹⁹⁴ CRIADO DEL RÍO, M^a Teresa, *op. cit.* (Tomo II). Pág. 22.

¹¹⁹⁵ *Cit. Supra.* Pág. 376.

para la persona que la observa resulta evidente que provoca un perjuicio en la imagen del sujeto afectado.

En palabras de VICENTE DOMINGO, el perjuicio estético tiene la ventaja de ser un daño real y cierto, por lo que innegable, algo que no siempre sucede con los daños corporales o personales¹¹⁹⁶. Sin embargo, es muy frecuente que al tratar de la responsabilidad médica dentro del ámbito sanitario, se hable de este tipo de daños de una forma poco profunda, pues se atiende siempre con mayor intensidad a los daños físicos que afectan a la funcionalidad corporal y de los daños morales entendidos, como veremos en el apartado siguiente, como vulneración de la voluntad de los afectados, o como lesiones de tipo anímico o psicológico de los perjudicados.

Sin embargo, siendo nuestro ámbito de estudio las intervenciones con finalidad embellecedora, el perjuicio estético pasa a ser un daño muy relevante. Por ello hemos decidido tratarlo separadamente y otorgarle la magnitud que en nuestra opinión requiere, y no tratándolo como el último aspecto del conjunto de los daños corporales. Y es que consideramos firmemente que no debe tener el mismo peso una cicatriz quirúrgica que resulta de una intervención con el objetivo de sanar la vida de la persona, por ejemplo en caso de una intervención de urgencia vital, que una cicatriz quirúrgica en una intervención que tiene como objetivo embellecer a esa persona.

Y no queremos decir con esto que no pueda quedar una cicatriz, por ejemplo, como rastro de las intervenciones estéticas, pues ello sería absurdo, dado que es algo que sencillamente no siempre puede evitarse. Lo que estamos defendiendo es que no es normal, que una intervención con objetivo estético, tenga por resultado algo mucho más antiestético que el estado anterior a la intervención. Y, en todo caso, que hay que informar convenientemente a los clientes de los posibles perjuicios estéticos que pueden derivarse de la intervención¹¹⁹⁷, para que se valore, juntamente con los demás elementos de la actuación médica pretendida, la posibilidad de que de la intervención se derive un perjuicio estético relevante.

¹¹⁹⁶ "Presenta la ventaja de que puede probarse por sí mismo, ya que cumple, cuando existe, los requisitos de realidad y certeza del daño, que posibilitan que en su apreciación, el juez, no necesite forzosamente ayuda técnica alguna, porque él mismo puede constatar la existencia del perjuicio". VICENTE DOMINGO, Elena, *op. cit.* Pág. 378.

¹¹⁹⁷ Pues son aspectos más que previsibles cuando una persona está planteándose una intervención, por lo que en el propio contenido mínimo de la información que se debe otorgar para el consentimiento informado, deberían entrar estos posibles perjuicios estéticos (tal y como fue analizado en el Capítulo 2°).

El *perjuicio estético* es más disonante en una intervención estética que en una intervención curativa, especialmente cuando con esta intervención curativa se ha conseguido lograr la salud pretendida. Tradicionalmente el *daño estético* se ha entendido como un *daño colateral* al estar los estudiosos del derecho y de la medicina forense y legal tan ligados a la cuestión curativa o asistencial de la medicina; puede que sea ese el motivo por el que a nuestro entender es difícil encontrar estudios muy pormenorizados del daño estético.

Esta falta de referencias monográficas¹¹⁹⁸, nos resulta sorprendente pues, como señala VICENTE DOMINGO es tradicional ya el estudio que de la *deformidad* ha realizado la Jurisprudencia Penal¹¹⁹⁹. La autora señala como esta explicación se extrae de una Sentencia de 1991, sin embargo debe ser un error en tipográfico, dado que el RJ que señala se refiere a la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, de 11 de abril de 1986¹²⁰⁰, que en su considerando 4º es donde realiza la definición de <<deforme>> y de <<deformidad>> que la autora señala.

Volviendo al perjuicio estético, y visto que sí hay, desde bastante antiguo, tratamiento jurisprudencial de los daños estéticos en nuestra jurisprudencia, debemos reincidir en la entidad de este tipo de daño, que consideramos oportuna. Apuntando nuevamente una afirmación sobre la que más adelante deberíamos volver, cuando un profesional médico estético informa de los riesgos de la intervención debe también informar de los posibles daños estéticos, dado que el objetivo de la misma es contrario a la consagración de éstos y que *"toda persona tiene derecho a mantener su belleza o a que no se acentúe su fealdad"*¹²⁰¹, motivo por el que es fundamental que el profesional sea claro en las explicaciones del posible perjuicio estético derivado de sus actuaciones

¹¹⁹⁸ Si bien es cierto que es un tema que siempre se trata dentro de los manuales sobre valoración de daño corporal y también en los manuales de derecho de daños.

¹¹⁹⁹ Sobre la deformidad, señala la autora: *"la Jurisprudencia Penal [española] se ha mostrado sumamente sensible en este punto. Se ha definido el daño estético y señalado sus caracteres principales, al describirse la <<deformidad>> del art. 150 CP en los siguientes términos: <<Deforme>>, es lo feo, contrahecho o imperfecto y, <<deformidad>>, toda irregularidad física visible y permanente, o bien el estigma o tara fisiológica, consecutivos o residuales respecto a lesiones anteriormente sufridas, y que sin necesidad de convertir al sujeto pasivo en un monstruo, cuasimodo, esperpento o adefesio, le hacen perder su normal aspecto periférico, de un modo perceptible y apreciable <<in visu>>, afectando a su anatomía exterior y no a su psique o intelecto, de manera duradera"*. VICENTE DOMINGO, Elena, *op. cit.* Pág. 378.

¹²⁰⁰ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, de 11 de abril de 1986. Ponente D. Luis Vivas Marzal. RJ\1986\1961.

¹²⁰¹ VICENTE DOMINGO, Elena, *op. cit.* Pág. 379.

profesionales. Pues ni tan siquiera suele ser un riesgo atípico o muy imprevisible, sino que en la mayoría de ocasiones será uno de los riesgos más probables (como las cicatrices quirúrgicas).

Sobre el perjuicio estético, REGLERO CAMPOS establece que "*dentro de este concepto [de perjuicio estético] cabe incluir toda secuela, sea cual fuere la parte del cuerpo afectada, que suponga una modificación estéticamente perjudicial en relación con el estado físico anterior del perjudicado*"¹²⁰², es decir, que no es necesario que el daño se encuentre en una parte visible, sino que aún cuando sea una zona del cuerpo que acostumbra a ir cubierta, también debe tenerse en cuenta. El perjuicio será lógicamente más grave cuanto más visible sea, o más grande o difícil de tapar, pero ello no quiere decir que una enorme cicatriz cerca de la zona genital no pueda considerarse antiestética por el simple hecho de que no es visible, si se va vestido.

Llegar hasta esta definición tan amplia ha costado siglos, tal y como señala la doctrina consultada¹²⁰³. El interés en el daño estético se introduce en nuestro ordenamiento a través del Código Penal del año 1848, para analizar las *deformidades*¹²⁰⁴ generadas por la comisión de delitos de lesiones. Actualmente, como hemos visto, aun podemos encontrar la *deformidad* referida en los artículos 149 y 150 del vigente CP¹²⁰⁵, que se utiliza como sinónimo del perjuicio estético, pero más enfocada al ámbito penal. La doctrina consultada coincide en señalar que, en la vía civil, fue tras la instauración del Baremo de valoración de daños, en la Disposición Adicional Octava de la Ley 30/1995, de 8 de noviembre, de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados¹²⁰⁶, cuando comenzó a relacionarse aquellas deformidades de las que se hablaba en vía penal, con lo que ahora conocemos como *daño o perjuicio estético*.

¹²⁰² REGLERO CAMPOS, L. Fernando, "Valoración de Daños Corporales. El sistema valorativo de la ley de responsabilidad civil y seguro de vehículos a motor", en REGLERO CAMPOS, Luis Fernando, y BUSTO LAGO, José Manuel, (Coords.), *Tratado de Responsabilidad Civil. Tomo I - Parte General*, ed. Thomson Aranzadi. 5ª edición. 2014. Pamplona. Pág. 698

¹²⁰³ Doctrina encabezada por CRIADO DEL RIO, Mª Teresa, *Op. Cit.* (Tomo II). Pág. 377 y ss.

¹²⁰⁴ No se hablaba en ese momento de daño estético, sino de deformidad. La deformidad producida a la víctima se entendía como agravante en el delito de lesiones. (CRIADO DEL RIO *cit supra*).

¹²⁰⁵ Artículo 149 CP "1. El que causara a otro, por cualquier medio o procedimiento, la pérdida o la inutilidad de un órgano o miembro principal, o de un sentido, la impotencia, la esterilidad, una grave deformidad, o una grave enfermedad somática o psíquica, será castigado con la pena de prisión de seis a 12 años." - Artículo 150 CP "1. El que causare a otro la pérdida o la inutilidad de un órgano o miembro no principal, o la deformidad, será castigado con la pena de prisión de tres a seis años".

¹²⁰⁶ Ley 30/1995, de 8 de noviembre, de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados. Publicada en el BOE núm. 268, de 9 de noviembre de 1995 (texto consolidado de 31 de octubre de 2015).

Además, también se suele apuntar como iniciadora de la corriente de los perjuicios estéticos una Sentencia de la Sala Segunda del TS, concretamente la de 11 de Octubre de 2001¹²⁰⁷, que en su Fundamento Jurídico Segundo, define el *menoscabo estético*, señalando que "*constituye generalmente un estado global sólo individualizable en casos muy excepcionales, cuando los estigmas o deformidades puedan ser considerados esencialmente independientes*".

Estas fueron las primeras ideas que, finalmente, han acabado llevando hasta la postura actual que, por ejemplo, observamos en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, de 10 de mayo de 2013¹²⁰⁸. La resolución señala en su Fundamento de Derecho Décimo Primero que "*consiste el perjuicio estético en el detrimento experimentado por la persona en su armonía física, recayente sobre su fisonomía o configuración. El caso más frecuente está representado, precisamente, por ostensibles alteraciones morfológicas (pérdida total o parcial de miembros) o de cicatrices, determinantes de una irregularidad física permanente, o constitutivas de una «deformidad»*".

En conclusión, en la actualidad, y ya consagrado como relevante - aunque en ocasiones menos de lo que cabría esperar -, es pacífico que el *daño o perjuicio estético* es un daño extrapatrimonial que supone la pérdida o empeoramiento de la belleza o atractivo físico de una persona con relación a la situación anterior y no sólo comprende la afectación del rostro o de cualquier parte muy visible de la anatomía, sino también del resto del cuerpo, incluidas las partes más ocultas de la persona afectada.

En ocasiones el *perjuicio estético*, que siempre supone un daño *per se* - dado que tiene entidad propia -, supone al mismo tiempo una alteración funcional de la víctima del mismo¹²⁰⁹, y además, en muchas ocasiones un perjuicio estético puede ir ligado a una afectación psicológica y relacional del sujeto, es decir, a daños que quizá pueden valorarse separadamente por tener entidad propia.

¹²⁰⁷ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, de 11 de octubre de 2001. Ponente D. Juan Saavedra Ruiz. RJ\2001\9220.

¹²⁰⁸ Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección Décima, de 10 de mayo de 2013. Ponente D. Ángel Vicente Illescas Rus. JUR\2013\209762.

¹²⁰⁹ La Dra. CRIADO DEL RIO pone algunos ejemplos: "*cuando la alteración estética ocasiona una alteración funcional corporal como es el caso de la cicatriz irreductible que modifica la mímica de la cara, pérdida de la nariz que conlleva alteraciones del olfato, de filtro y termorregulación del aire inspirado, ...*" CRIADO DEL RIO, M^a Teresa, *Op. Cit.* (Tomo II) Pág. 380

Tradicionalmente el perjuicio estético se había entendido ligado al daño moral, porque afecta a la subjetividad de la persona y es difícil su valoración y cada sujeto tiene una idea de belleza más o menos propia y le otorga mayor o menor valor a sus atributos estéticos, y quizá también por la idea penal, de daño estético ligado a la deformidad, que provocaría incluso problemas de socialización de las personas. Sin embargo, en nuestro tiempo es indiscutible que *"el daño estético es un daño autónomo e independiente de los demás daños personales que puede causar la alteración de la integridad psicofísica antiestética. El daño estético se corresponde única y exclusivamente con el grado de pérdida de atracción o de la belleza del lesionado"*¹²¹⁰.

Esta postura nos sitúa ante una nueva idea: desde el punto de vista de la valoración del daño y de la reclamación de los daños causados, el perjuicio estético solo debe afectar a la pérdida de belleza, las lesiones funcionales o situacionales que puedan ir ligadas al perjuicio estético deberán observarse como lesiones físicas o psíquicas (si cabe), pero no como perjuicio estético.

Tras la aprobación de la Ley 34/2003, de 4 de noviembre, de modificación y adaptación a la normativa comunitaria de la legislación de seguros privados¹²¹¹, se establece finalmente una diferenciación clara entre los perjuicios estéticos y los fisiológicos y la regla de la autonomía indemnizatoria de ambos conceptos, tal y como señalan, entre otros, REGLERO CAMPOS¹²¹².

En el momento de valorar y cuantificar económicamente el perjuicio estético, los peritos deben conocer las características del mismo. Desde el punto de vista de los peritos y médicos legales estudiados el *daño estético* presenta ciertas características reseñables¹²¹³:

I. Es un *daño visible*, el daño estético reside precisamente en la capacidad de ser apreciado por la vista. Cuanto más difícil sea ver el daño estético más leve será el

¹²¹⁰ CRIADO DEL RIO, M^a Teresa, *Op. Cit.* (Tomo II) Pág. 381.

¹²¹¹ Ley 34/2003, de 4 de noviembre, de modificación y adaptación a la normativa comunitaria de la legislación de seguros privados. Publicada en el BOE núm. 265, de 5 de noviembre de 2003.

¹²¹² REGLERO CAMPOS, L. Fernando, "Capítulo IV. Valoración de Daños Corporales. El sistema valorativo de la Ley de Responsabilidad civil y seguro de vehículos a motor" en REGLERO CAMPOS, L. Fernando y BUSTO LAGO, José Manuel, (coord.), *Tratado de Responsabilidad Civil*. Tomo I Ed. Thomson Reuters - Aranzadi. 5^a edición. 2014. Cizur Menor. (Concretamente observamos la idea en la página 699).

¹²¹³ Seguiremos en este punto la categorización que realiza CRIADO DEL RIO, M^a Teresa, *Op. Cit.* Pág. 387 y ss.

mismo. Así las cicatrices ocultas no causan una gran alteración de la belleza, o no tanta alteración como otras existentes en zonas más visibles. A mayor visibilidad de la lesión estética mayor importancia tendrá el daño estético.

II. Es un *daño objetivable* porque es visible y patente, a diferencia de otros daños, como por ejemplo el padecimiento psíquico, el daño estético se prueba muy fácilmente porque puede observarse y ello es una ventaja de cara a la compensación del daño o a su valoración.

III. Es un *daño de apreciación subjetiva*, y es que pese a ser un daño objetivable, la estimación del mismo presenta problemas en cuanto a la relevancia subjetiva del que los padece (como sucede con el resto de *daños personales*, no se reparará, sino se compensará). Siempre deberá atenderse a la importancia de la pérdida de belleza para el sujeto que la padece y para los implicados en su cuantificación, especialmente para el juez que finalmente será quien decida el grado de perjuicio estético existente. Como se observa al hablar de los baremos y tablas, existen criterios objetivos que permiten la valoración de los daños, y con los daños estéticos sucede igual. Aspectos como la localización del perjuicio estético, su tamaño, la distancia a la que es visible, etc. sirven para objetivar un poco este tipo de daños y que así sea posible una cuantificación de los mismos.

IV. En la valoración del perjuicio estético se han observado tradicionalmente las *circunstancias personales del lesionado*. En concreto solía observarse la edad del lesionado en el momento de padecer el perjuicio estético, por aquello que la fealdad puede afectar más a una persona joven que a otra mayor. También en ocasiones se observaba el sexo de la persona y las repercusiones del perjuicio estético en las actividades que realiza. Actualmente parece que se ha superado este tipo de condicionantes. El perjuicio estético debe ser analizado con independencia de la edad de los lesionados, excepto en algunas ocasiones en las que pueda atenderse a la edad de los perjudicados pero solo con el objetivo de aumentar el grado del perjuicio¹²¹⁴. Lo mismo sucede con el sexo del perjudicado, durante algún tiempo ante daños estéticos similares se concedía una mayor indemnización por este concepto a mujeres que a hombres¹²¹⁵.

¹²¹⁴ Por ejemplo, en daños estéticos a niños que deberán convivir con ellos toda su vida y más cuando son alteraciones que crecerán conforme su cuerpo vaya creciendo como sucede con las cicatrices en ciertos lugares de la anatomía.

¹²¹⁵ A modo de claro ejemplo Sentencia de la Audiencia Provincial de Granada, Sección 3ª, de 31 de

Sin embargo, considera la doctrina más actual que el *daño estético* debe desatender las circunstancias individuales del perjudicado y coincidimos sin dudarle con esta postura.

V. Tradicionalmente se consideraban *daños estéticos* aquellos que eran permanentes, sin embargo, los daños provisionales actualmente pueden ser considerados también daños estéticos a reparar, dado que acertadamente se ha pasado a entender que si el perjuicio estético es la diferencia entre la belleza anterior a la lesión y la fealdad objeto de la misma, aunque esta fealdad pueda ser provisional o temporal, también supone un perjuicio.

VI. En ocasiones el *daño estético puede repararse mediante intervenciones médico estéticas* (o plásticas y reparadoras según el trauma de origen). Esto ha llevado a pensar que los perjuicios estéticos más graves son aquellos que no admiten cirugía o tratamiento de reparación¹²¹⁶ y los que sí que la admiten pueden ser considerados más leves, aunque para indemnizarlos quizá debería añadirse el coste de la intervención reparadora. Pese a la posibilidad de reparación del perjuicio estético, debemos atender a lo que consideramos que con mucho acierto, señalaba REGLERO CAMPOS pues "*la posibilidad de corrección del perjuicio estético mediante intervención quirúrgica no impide la indemnizabilidad del mismo*"¹²¹⁷ y además añade que "*no puede obligarse al perjudicado a someterse a una intervención quirúrgica correctora*"¹²¹⁸. El hecho de que exista una intervención que pueda corregir el daño, no significa que la misma vaya siempre a salir bien, más en los casos como en los de nuestra investigación, dado que si analizamos este tipo de perjuicio en un caso concreto, será consecuencia de que una intervención estética ha concluido con un resultado opuesto al pretendido.

Todas las cuestiones señaladas en relación al *daño estético* se refieren a la doctrina y la jurisprudencia y a la normativa existente, con independencia del origen del daño. Sin embargo, en nuestra opinión el perjuicio estético derivado de una intervención estética, podría ser susceptible de analizarse con mayor intensidad, precisamente por el

octubre de 2008 que establece literalmente "... con la agravante que supone el hecho de su condición femenina, como especialmente sensible a todo cuanto afecta a la cuestión estética,...". Por suerte, estas ideas están ya hoy en día superadas. Sentencia de la Audiencia Provincial de Granada, Sección Tercera, de 31 de octubre de 2008. Ponente D. José María Jiménez Burkhardt. AC\2008\2104. La cita se encuentra en el Fundamento de Derecho Tercero *in fine*.

¹²¹⁶ Como por ejemplo la amputación de una extremidad, o la pérdida de un ojo, entre otras.

¹²¹⁷ REGLERO CAMPOS, L. Fernando, *op. cit.* Pág. 706.

¹²¹⁸ *Cit. Supra.* Págs. 706 y 707.

origen del daño, que se provoca mientras se pretende obtener una mejoría estética. Aspecto que no sucede en el caso de los accidentes de circulación ni en el resto de sucesos que son susceptibles de provocar perjuicios estéticos. En esos casos el daño se produce sin que exista una previa vinculación con objetivo estético entre las partes, aspecto que no concurre en nuestro contrato.

Nuestra forma de pensar no coincide con la Jurisprudencia. Por ejemplo, si analizamos la ya referida¹²¹⁹ Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de octubre de 2005¹²²⁰, en ella se estudia un supuesto de un daño estético - concretamente "*cicatrices queloideas en el labio inferior y en el mentón*" (Fundamento Derecho Segundo) -, del que se derivó un perjuicio psíquico. Las cicatrices queloideas, que son protuberancias que no se aplanan con el paso del tiempo y que quedan abombadas, aparecieron en el rostro de la afectada cuando se sometió a un tratamiento de laser quirúrgico dermoabrasador con el objetivo de eliminar unas marcas previas que el propio TS define como "*unas pequeñas cicatrices puntiformes en la región peribucal y mentón provenientes de una depilación eléctrica realizada hacía algunos años*" (FJ 2º). Es decir, la afectada, padeció daño en su rostro, precisamente cuando intentaba eliminar unas cicatrices menores. Ese daño es estético y, pese a nuestra opinión, que justificaría la observancia de su relevancia, visto que aparecieron precisamente cuando se intentaba la eliminación de otros perjuicios estéticos previos, el TS considera que:

"(...) el indeseado resultado estético obtenido por la actora es producto de una causa ajena al Dr. Carlos Manuel, como es la aparición de un queloide, tumor cicatrizal infrecuente, que depende solo de la predisposición genética de la paciente y de imposible averiguación previa, salvo que se haya producido también una intervención quirúrgica anterior, lo que en el caso no había sucedido, y sin que el tratamiento de dermoabrasión por láser potencie la aparición de dicha contingencia en mayor medida que intervenciones quirúrgicas de otra naturaleza" (FJ 2º).

Con ello el TS, considera que pese al resultado tan antiestético, el mismo no puede imputarse al profesional, por la especial predisposición de la perjudicada.

En el Fundamento de Derecho Tercero de la misma Sentencia se señala que:

"(...) el queloide se generó como consecuencia de la intervención quirúrgica, y sin ésta no habría habido aquel. Pero no hay causalidad jurídica -juicio perteneciente a

¹²¹⁹ Vid. Capítulo III, apartado 4.3.b).

¹²²⁰ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 21 de octubre de 2005. Ponente D. Jesús Corbal Fernández. RJ\2005\8547.

la <<questio iuris>>-, bien porque se entienda aplicable la exclusión en virtud del criterio de imputación objetiva del <<riesgo general de la vida>>, bien porque no ha sido la intervención la denominada causa próxima o inmediata, ni la causa adecuada, criterio éste (para unos, filtro de los restantes criterios de imputación; para otros residual de cierre del sistema, y que, por ende, opera cuando no sea aplicable alguno de los previstos específicamente en la doctrina - riesgo general de la vida, provocación, prohibición de regreso, incremento del riesgo, ámbito de protección de la norma, consentimiento de la víctima y asunción del propio riesgo, y de la confianza -) que descarta la causalidad cuando, como dice la doctrina, <<el daño aparece como extraordinariamente improbable para un observador experimentado que contara con los especiales conocimientos del autor y hubiese enjuiciado la cuestión en el momento inmediatamente anterior a la conducta>>".

Es precisamente en este final donde disentimos frontalmente con la resolución. Un perjuicio estético, derivado de la cicatrización en el rostro, no debería ser considerado como extraordinariamente improbable para un profesional médico estético. La cicatrización es algo con lo que el profesional debe contar siempre, especialmente cuando el objetivo de la intervención es el de eliminar una cicatriz previa, y consideramos que el TS fue demasiado indulgente con el demandado, pues el queloide no surgió mientras pretendía salvar la vida de la perjudicada (aspecto que tampoco lo justificaría, pero por lo menos podría posibilitarnos comparar los distintos logros y riesgos en juego), sino que surgió mientras quemaba con un láser el rostro de la afectada, con el objetivo de hacer desaparecer una cicatriz previa.

Si el profesional sabía que la técnica utilizada, junto con la desconocida (pero plausible) predisposición de la afectada a cicatrizar en forma de enorme ampolla hipertrófica que no desaparece con el paso del tiempo, debería haber informado de ello de forma previa¹²²¹. Pero además, podría haber probado previamente la técnica que iba a utilizar en una zona distinta al rostro, o haber indagado al respecto de la forma en que la perjudicada cicatrizaba, dado que su intervención era meramente estética y precisamente para corregir unas marcas pequeñas del rostro, y terminó ocasionando lesiones mucho mayores, un perjuicio estético realmente grave.

¹²²¹ En la STS, el defecto de información es el motivo por el que, finalmente, se acabó condenando al profesional al importe que se solicitaba por todos los daños, es decir, se condenó por falta de información, con el importe que, en la demanda, se peticionaba por la suma de los daños, especialmente los estéticos, más el defecto de información, y eso que la norma aplicable al caso, era la Ley General de Sanidad y no la Ley 41/2002, que es más clara al respecto de la autodeterminación de los pacientes (FJ 4º).

En nuestra opinión, no debería acudir en forma exclusiva a la indemnización de los daños morales derivados del defecto de información, tal y como hace el Tribunal Supremo al entender que: a) el resultado no estaba prometido y, b) que el queloide no es fruto de una mala praxis médica, especialmente si se considera que, c)¹²²² incluso cuando el resultado no hubiera sido prometido, el profesional médico tenía el deber de procurar que ese daño posible (cicatrización) no surgiera y poner los medios para ello, no solo mediante la correcta información (aunque también), sino haciendo pruebas o buscando el método de comprometer lo menos posible a la perjudicada, o incluso admitiendo que no conocía una técnica ajustada al objetivo que la cliente pretendía y no llevando a cabo ninguna intervención.

Sin embargo, en la sentencia referida, y en otras muchas de todos los rangos jurisdiccionales, se acude al daño moral, que analizamos a continuación, y al lector de la sentencia puede darle la sensación de que esa llamada al daño moral, se realiza con el fin, por parte del órgano judicial, de dejar lo más indemne posible al perjudicado, que al fin y al cabo es víctima de una actuación médica. Esto sucede cuando resulta complejo lograr la justificación de los daños o la vinculación de los daños padecidos a otra figura que no sea la del daño moral, algo que nos sorprende. Como hemos repetido en muchas ocasiones, antes de recurrir al daño moral, podría pensarse en el *principio de integración de los contratos* observar los términos del mismo y los objetivos iniciales de las partes y vincular el daño a un deficiente o defectuoso cumplimiento contractual, algo de lo que, además, el profesional al que se responsabiliza del daño moral, es más sencillo que pueda intentar defenderse.

3.4. Daños morales

La doctrina más reputada identifica el daño moral como aquél "*que se inflige a las creencias, los sentimientos, la dignidad y estima social del sujeto*"¹²²³. Así, el daño

¹²²² Esta es la hipótesis que consideramos que se omite, pues podemos llegar a estar de acuerdo con las anteriores, hechas las salvedades que hicimos al respecto de la promesa del resultado y del objetivo del contrato en el Capítulo III, pero aún así, consideramos que tendría cabida el daño, dentro del ámbito contractual y de la diligencia debida por el profesional.

¹²²³ MARTÍN DEL PESO, Rafael, "La indemnización y valoración de daños y perjuicios derivados de la responsabilidad civil" en SEIJAS QUINTANA, José Antonio, *Responsabilidad Civil. Aspectos Generales*. Ed. Sepin. 2007. Madrid. Pág. 99. La cita, alude a una oración que se encuentra repetida en muchas otras obras jurídicas, además de Sentencias civiles de distinto rango y época, y muy

moral se refiere como hemos visto al padecimiento y sufrimiento que, en los casos de actos médicos de satisfacción, van además relacionados con el daño corporal, es decir, es un daño ligado al perjuicio físico, como también lo era el perjuicio estético.

En ocasiones se ha referido la jurisprudencia al daño moral como aquel que se pretende compensar por la alteración sustancial de la vida de la víctima, más allá de los daños físicos que son cuantificables con mayor o menor fortuna utilizando como guía herramientas como el baremo de accidentes de tráfico. Es decir, el daño moral se indemniza en forma de compensación tal y como sucede con los corporales, porque no es sencillo cuantificar en dinero el dolor padecido, tanto si es físico como si es psíquico. Dinero que no va a conseguir reparar el daño sino que se acude a la compensación económica precisamente por la imposibilidad de reparar o revertir el resultado de las lesiones físicas y emocionales padecidas.

En múltiples ocasiones el TS se ha pronunciado al respecto del daño moral en sentencias que versaban sobre la responsabilidad de los sistemas de salud por nacimiento de niños con malformaciones severas sin haber sido diagnosticadas durante el embarazo. Cuestión que hubiera permitido a los padres del futuro niño abortar de acuerdo con la ley. Es el caso, entre otras, de la Sentencia del Tribunal Supremo, de 25 de mayo de 2010¹²²⁴ que condena al INSALUD declarando que "(...) *los padres de la menor no tuvieron conocimiento de las malformaciones que presentaba el feto y, por ello, se les privó de la oportunidad en el caso de haberlo conocido de proceder a la interrupción voluntaria del embarazo produciéndoles un daño moral indemnizable*". Sin embargo, señala MARTÍN DEL PESO que también "*la indemnización por pérdida de oportunidades se contempla en otros supuestos que dan lugar a responsabilidad médica, distintos del nacimiento de un hijo, como ocurre con los causados por una operación realizada con arreglo a la lex artis, por una complicación estadística inherente a la misma, cuando el sujeto no fue informado adecuadamente de la misma*"¹²²⁵. Como veremos, en estos casos se está confundiendo según nuestro parecer el *daño moral* con la *pérdida de oportunidad*, que estudiaremos seguidamente.

especialmente también se considera como autor de la referida cita a DE ÁNGEL YAGÜEZ, Ricardo, en su obra *La responsabilidad civil* del año 1988 (Págs. 224 y 225).

¹²²⁴ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso- Administrativo, Sección 4ª, de 25 de mayo de 2010. Ponente Excmo. Sr. Santiago Martínez-Vares García. RJ/2010/5227. Fundamento de derecho 4º

¹²²⁵ MARTÍN DEL PESO, Rafael, "*El daño moral: determinación y cuantía algunos aspectos de su*

El problema del daño moral y de la pérdida de oportunidades es que en múltiples ocasiones no han sido utilizadas de forma rigurosa, dado que el daño moral siempre que pueda imputarse jurídicamente a su causante debe ser objeto de compensación aunque sea mínimo, mientras que la valoración de la pérdida de oportunidades, puede resultar o no favorable a quien la reclama. También cabe por el juzgador analizar si, por ejemplo, se hubiera o no el sujeto sometido a una intervención estética de haber conocido el riesgo que no le comunicaron y que efectivamente se materializó.

Resulta fácil observar la complejidad del daño moral, cuando apenas iniciada la explicación del mismo, ya hemos topado frontalmente con figuras jurídicas similares, pero con entidad propia. Volviendo al daño moral e intentando relacionarlo con los actos médicos de satisfacción, debemos observar que un *"presupuesto básico para que pueda darse lugar a la indemnización por daño moral es la realidad de un sufrimiento o padecimiento psíquico o espiritual (...), la impotencia, zozobra, ansiedad, angustia, temor o presagio de incertidumbre (...)* [el daño moral] *se ha identificado con la tristeza o trastornos depresivos"*¹²²⁶ y como sucede con todos los tipos de daños, deberá probarse su certeza.

También es muy compleja su cuantificación, pues no existe una guía y, caso por caso, se conceden cantidades de muy distinta entidad. ROCA TRÍAS y NAVARRO MICHEL, señalan que *"la jurisprudencia ha considerado que al no existir parámetros para su valoración, y al ir dirigido a <<proporcionar en la medida de lo humanamente posible una satisfacción como compensación al sufrimiento que se ha causado>>, deben tenerse en cuenta las circunstancias concurrentes para cuantificarlo (...). Sin embargo, parece más conveniente participar en la opinión de que debe existir una cierta objetividad en la valoración de este tipo de daños"*¹²²⁷.

Las autoras hacen alusión a jurisprudencia bastante conocida, como la Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de octubre de 2006¹²²⁸, que resuelve un caso de medicina de

problemática jurisprudencial" en HERRADOR GUARDIA, Mariano J. (dir.), *Derecho de Daños 2013*. Vol. 1. Ed. Thomson Reuters Aranzadi. 1ª ed. Pág. 327.

¹²²⁶ MARTÍN DEL PESO, Rafael, en SEIJAS QUINTANA, José Antonio (coord.), *op. cit.* Pág. 99.

¹²²⁷ ROCA TRÍAS, Encarna y NAVARRO MICHEL, Mónica, *op. cit.* Pág. 200.

¹²²⁸ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 4 de octubre de 2006. Ponente D. José Antonio Seijas Quintana RJ\2006\6428.

satisfacción con finalidad estética con resultado dañoso¹²²⁹. En su Fundamento de Derecho Séptimo, se indica que la cuantificación y determinación del importe del daño moral debe ser objeto de apreciación por parte del juzgador, pues no existen herramientas para esta valoración (*traducción en términos económicos*), lo que conlleva que sea necesario la observancia de los elementos concurrentes, por parte del tribunal, para poder llegar a establecer una cifra¹²³⁰.

Vistas las dificultades existentes para su determinación, y también para su cuantificación, y visto que además, que en ocasiones se acude al daño moral para intentar compensar al perjudicado por aquellas partidas que no pudieron probarse, coincidimos con MARTÍN DEL PESO cuando señala que "*el problema de la cuantificación del daño moral [es] uno de los más graves que afronta y va a afrontar la jurisprudencia*"¹²³¹. Sin que exista, hasta la fecha, una forma de resolver este problema, por lo que es una de las cuestiones que quedan a la discrecionalidad de los jueces y magistrados.

Hemos visto como el consentimiento informado se vincula al Derecho a la autodeterminación de los pacientes, y también como las ofensas a esa autodeterminación, por parte de profesionales que no recababan el correspondiente consentimiento informado o no lo hacían previa información suficiente al respecto de todas las cuestiones que para la actuación concreta se consideran indispensables, se transforman en un daño moral que se acaba cuantificando y que, incluso, ha llegado a protagonizar en exclusiva, la indemnización del profesional al perjudicado.

¹²²⁹ Concretamente una intervención de implante capilar con resultado de "*lesiones dermatológicas crónicas que abarcan un gran área en regiones frontal posterior y parietales, con alteraciones anatómicas difusas atróficas (...) y, desde el punto de vista psicológico, aspecto deprimido, hostil y desconfiado, con ideas obsesivas y delirio moderado de contenido extraño (...)*" según el Fundamento de Derecho Primero de la STS.

¹²³⁰ Dice literalmente la resolución: "*esta Sala ha venido declarando que la determinación de la cuantía por indemnización por daños morales, como es la que se impugna en el recurso, debe ser objeto de una actividad de apreciación por parte del juzgador, habida cuenta de la inexistencia de parámetros que permitan con precisión traducir en términos económicos el sufrimiento en que el daño moral esencialmente consiste. En efecto, se viene manteniendo que la reparación del daño o sufrimiento moral, que no atiende a la reintegración de un patrimonio, va dirigida, principalmente, a proporcionar en la medida de lo humanamente posible una satisfacción como compensación al sufrimiento que se ha causado, lo que conlleva la determinación de la cuantía de la indemnización apreciando las circunstancias concurrentes*". (Subrayado propio del fragmento, para marcar la referencia a la apreciación de las circunstancias concurrentes al caso, para la determinación de la cuantía del daño moral.)

¹²³¹ MARTÍN DEL PESO, Rafael, en SEIJAS QUINTANA, José Antonio, *op. cit.* Pág. 107.

En la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 3 de marzo de 2016¹²³², se analiza un supuesto en que el perjudicado fue informado de la intervención a la que iba a someterse mediante formulario en papel, sin que se diera la verdadera información adecuada y sin que se hiciera efectivo "*con tiempo y dedicación suficiente*" (FJ 2º) el consentimiento informado. Entiende la Audiencia que por no constar que se hubiera informado convenientemente al perjudicado del riesgo de padecer un accidente cardiovascular tras la intervención que le practicaron (y que no se discute que era necesaria que le practicaran), "*al paciente se le hurtó de la posibilidad de elegir entre no operarse y seguir viviendo como hasta entonces aún con riesgo de muerte súbita y la posibilidad de que de operarse se le produjeran las lesiones cerebrales graves que han determinado que esté postrado permanentemente en una cama el resto de su vida*" (FJ 2º). Como resulta evidente, la Sentencia está relacionando la falta de consentimiento informado con una pérdida de oportunidad.

Cuando la Audiencia ha decidido que ciertamente ha habido una deficiente información, que ha vulnerado el derecho a la autodeterminación del mismo, pasa a ser el momento de exponer qué consecuencias tendrá esa vulneración a la autodeterminación. En ese momento surge la complejidad, dado que de la intervención se derivaron serios daños al perjudicado, incluidas lesiones corporales muy graves, pero la mala praxis del profesional solo se circunscribía a la insuficiente información sobre los posibles riesgos de la intervención. Además el ámbito de actuación de la intervención enjuiciada es la medicina curativa, donde la obligación del profesional es meramente de medios o de diligencia. En el caso no llega a probarse que el profesional hubiera procedido con inobservancia de la *lex artis ad hoc*, salvo en lo que al consentimiento informado se refiere.

Se dice en el Fundamento de Derecho Tercero que debe recordarse que:

"(...) en supuestos en que no se advierte negligencia en la intervención, el daño que se debe poner a cargo del facultativo no es el que resulta de la misma sino de haberse omitido una información adecuada y suficiente sobre la necesidad de la intervención y los riesgos que pudieran derivarse de la misma, de tal forma que la relación de causalidad se debe establecer entre la omisión de la información y la posibilidad de haberse sustraído a la intervención médica cuyos riesgos se han materializado y no entre la negligencia del médico y el daño a la salud del paciente. En

¹²³² Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección Decimotercera, de 3 de marzo de 2016. Ponente Dª. Isabel Carriedo Mompín. AC\2016\866.

definitiva, la falta de información comportaría una pérdida de oportunidad para el paciente que debe valorarse en razón a la probabilidad de que, una vez informada acerca de la intervención, hubiera decidido continuar en la situación en que se encontraba o se hubiera sometido razonablemente a una intervención que, como hemos visto en los presentes autos, resultaba aconsejada por todos los médicos especialistas".

Sin embargo, aunque parezca que todo procedía a decantarse hacía la cuantificación de la pérdida de oportunidad como señalamos anteriormente, finalmente la Audiencia establece:

"(...) en este caso, atendidas las concretas circunstancias que aquí concurren, nos parece más adecuado situar la indemnización en el campo del daño moral, por la lesión en el derecho de autodeterminación y la imprevisión de las consecuencias dañosas probables pero que no fueron advertidas. De este modo la indemnización no se calcula en función, o en relación con el daño corporal sufrido, sino con ese daño moral, que a juicio del Tribunal, atendidas todas las circunstancias que concurrieron, no puede superar la cantidad de 100.000 € para el Sr. Abel y de 30.000 € para su esposa Dña. Caridad".

Sin duda consideramos que esta sentencia ejemplifica claramente varios de los problemas que hemos expuesto al respecto de los daños morales. Muestra la dicotomía "daño moral vs pérdida de oportunidad", y además establece la indemnización que considera oportuna. No justifica porqué se decide a condenar al pago de esa cantidad y no más (o menos), o porqué es esa cifra justo la que considera que, *atendidas las circunstancias*, es la que merecen los perjudicados. En el caso concreto, el perjudicado ha quedado completamente inmóvil y postrado en una cama de por vida, aspecto que *atendidas las circunstancias* podría haberse cuantificado, en nuestra opinión, en una cifra bastante más elevada, dado que ha perdido toda su autonomía. Entendemos que en este caso estamos dentro de las intervenciones curativas y que el afectado necesitaba esa intervención para vivir, pero puede que hubiera sido mejor para él, saber que existía un elevado riesgo de quedar en una situación tan compleja, aún cuando la intervención fuera un éxito, para haberle permitido valorar si prefería ser autónomo hasta el día de su muerte, (que tampoco se sabe con exactitud si hubiera llegado muy pronto o muy tarde y que en la propia sentencia se señala que podía ser súbita).

4. La pérdida de oportunidad como concepto indemnizable

Cuando hacemos alusión a la pérdida de oportunidad, hablamos de una teoría jurídica que valora la *"posibilidad de hacer algo que puede conllevar un beneficio, posibilidad que pierde por culpa de otra persona"*¹²³³. Según las autoras citadas *"existe una cierta incertidumbre sobre el éxito o no de la posibilidad que se tenía, pero existe también la certidumbre de que una persona tenía una oportunidad de obtener alguna ventaja y la ha perdido por causa ajena"*¹²³⁴.

YZQUIERDO por su parte, explica la figura señalando que *"la pérdida de oportunidades implica, por contra y por definición, hablar de una situación en la que se da la aparentemente contradictoria confluencia de dos elementos: la certeza de que, si no se hubiese producido el hecho dañoso, el perjudicado habría mantenido la esperanza en el futuro de obtener una ganancia o evitar una pérdida patrimonial; y la incertidumbre definitiva de lo que habría sucedido si no se hubiera producido el evento"*¹²³⁵.

La teoría de la pérdida de oportunidad pretende conseguir que el perjudicado quede indemne de la posibilidad que ha perdido, aún sin que pueda saberse si de haberla tenido, hubiera llegado a obtener beneficio real de la misma. Así, el daño que se pretende resarcir se vincula con el concepto de *daño pasivo* que en palabras de LUNA YERGA, dentro del ámbito sanitario, son *"aquellos daños que suceden no por la acción directa del facultativo sino debido a errores de diagnóstico o a omisiones en el tratamiento que privan al paciente de los cuidados médicos adecuados"*¹²³⁶.

La vinculación entre la teoría de la pérdida de oportunidad, y la responsabilidad médica, surge, tal y como señalan REGLERO CAMPOS y MEDINA ALCOZ, de la jurisprudencia estadounidense pues *"en los Estados Unidos, aunque hay un cuerpo doctrinal y jurisprudencial muy articulado en cuanto a la pérdida de oportunidad, las*

¹²³³ ROCA TRÍAS, Encarna y NAVARRO MICHEL, Mónica, *op. cit.* Pág. 203.

¹²³⁴ *Cit. Supra.* Pág. 203.

¹²³⁵ YZQUIERDO TOLSADA, Mariano (2016), *op. cit.* Pág. 623.

¹²³⁶ LUNA YERGA, Álvaro, "Oportunidades perdidas. La doctrina de la pérdida de oportunidad en la responsabilidad civil médico-sanitaria" en *Indret Revista para el Análisis del Derecho*. ID INDRET: nº 288. Mayo 2005. Pág. 2.

*jurisdicciones que acuden a la figura, lo hacen solo en supuestos de daños personales producidos en el ámbito médico"*¹²³⁷.

En España, existen matices y hay voces que hablan de reticencia a la aplicabilidad de la doctrina, e incluso hay sentencias, como la de la Audiencia Provincial de Madrid de 29 de abril de 2004¹²³⁸, que en el Fundamento de Derecho Undécimo establece que *"nuestra jurisprudencia no ha recibido con carácter general, como afirma el recurrente, la denominada doctrina de la "pérdida de oportunidad", en el ámbito de la responsabilidad médica, y menos aún lo ha hecho para objetivizar dicha responsabilidad superando el concepto de la <<lex artis ad hoc>>"*.

Sin embargo, es curioso observar como seis años antes de la sentencia aludida de 2004, la propia Audiencia Provincial de Madrid dictó la de 5 de mayo de 1998¹²³⁹, donde en un caso de malformaciones de un feto que no fueron descubiertas por omisión de pruebas diagnósticas, se señala que:

"(...) la no realización de esas pruebas, perfectamente posibles según el estado de la técnica médica, o al menos la no información sobre su posibilidad, resultados y riesgos omitida, determinó que la demandante careciera del conocimiento sobre la real situación del embarazo y del feto y en consecuencia le privó de la posibilidad de decidir lo que estimara más conveniente en virtud del derecho que el legislador le confiere en tales casos, por muy en línea o en desacuerdo que con tal derecho se pueda estar, por lo que dado el nacimiento del niño con las deficiencias que constan en autos (...) podría calificarse como una actuación profesional irregular" (Fundamento de Derecho 2º).

Vemos como, sin hacer mención expresa, la Audiencia Provincial de Madrid, ya en 1998 estaba asumiendo en ese caso la pérdida de oportunidad que produjo la no realización e información sobre pruebas diagnósticas al feto que, si bien comprometen la salud de la madre y del feto, eran las únicas que en aquel momento podrían haber determinado la existencia de deformidades. No se sabe con certeza si la mujer hubiera querido realizarse esas pruebas diagnósticas (incerteza), y de haberlas realizado, tampoco se sabe si, conociendo las deformidades de su feto hubiera decidido seguir con

¹²³⁷ REGLERO CAMPOS, L. Fernando, y MEDINA ALCOZ, Luis, "Capítulo V. El nexo causal. La pérdida de oportunidad. Las causas de exoneración: culpa de la víctima y fuerza mayor" en REGLERO CAMPOS, L. Fernando y BUSTO LAGO, José Manuel (coord.), *Tratado de Responsabilidad Civil*. Tomo I Ed. Thomson Reuters - Aranzadi. 5ª edición. 2014. Cizur Menor. Pág. 833.

¹²³⁸ Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección Vigésima, de 29 de abril de 2004. Ponente D. Ramón Fernando Rodríguez Jackson. JUR\2004\228347.

¹²³⁹ Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección Decimoctava, de 5 de mayo de 1998. Ponente D. Jesús Rueda López. AC\1998\7198.

su embarazo o interrumpirlo, pero es evidente que no conocer la existencia de esas pruebas y por no haberla realizado no conocer hasta el momento del parto las deformidades de su bebé, fue una pérdida de oportunidad.

En el mismo año 1998, también el Tribunal Supremo resolvió al respecto de la pérdida de oportunidad, suponemos que en una Sentencia que se escapó a la Sección Vigésima de la Audiencia Provincial de Madrid, que en 2004 decía que no era aún una doctrina frecuentemente aceptada por nuestra jurisprudencia. La STS a la que nos referimos es la de 10 de octubre de 1998¹²⁴⁰, que trata sobre un caso de amputación accidental de la mano de un operario que alegaba que, la mala actuación de la enfermera en la conservación del miembro amputado le hizo perder la posibilidad de reimplante. El Tribunal resuelve, en el Fundamento de Derecho Segundo que a la demandada "*no se le puede imputar más que la pérdida de una oportunidad para efectuar en condiciones una operación de reimplante de la mano que no se sabe si al final hubiera dado resultado. Dicho de otra manera, se le puede imputar la pérdida de unas expectativas*".

Vemos con las resoluciones referidas que, tal y como señala LUNA YERGA "*la doctrina de la pérdida de oportunidad es un instrumento de facilitación probatoria de creación jurisprudencial*"¹²⁴¹, que tiene como objetivo lograr la indemnidad del perjudicado, estudiando la relación entre el daño surgido y la oportunidad perdida, y analizando "*la probabilidad de que el daño se hubiera producido igualmente de haber actuado aquél [el profesional] diligentemente*"¹²⁴². Y es que la pérdida de oportunidades es un concepto que permite indemnizar al lesionado pero existen dudas no solo sobre la aplicabilidad de la figura, que debe analizarse caso por caso, sino también sobre cómo debe valorarse, o más bien cuánto cuesta, la pérdida de oportunidad.

Principalmente se ha vinculado la idea de pérdida de oportunidad - tal y como señala la doctrina¹²⁴³ y como hemos podido observar hasta ahora - con dos posturas: la pérdida de oportunidad de curación y los casos de <<*wrongful life*>> y de <<*wrongful birth*>>. Sin que encontremos, hasta la fecha, resoluciones en España o interpretaciones doctrinales sobre la pérdida de oportunidad en los casos de actos médicos de

¹²⁴⁰ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 10 de octubre de 1998. Ponente D. Antonio Gullón Ballesteros. RJ\1998\8371.

¹²⁴¹ LUNA YERGA, Álvaro, *op. cit.* Pág. 3.

¹²⁴² *Cit. Supra.* Pág. 3.

¹²⁴³ Por ejemplo YZQUIERDO TOLSADA, Mariano (2016), *op. cit.* Págs. 627 y ss.

satisfacción con finalidad estética, por lo que a continuación exponemos nuestra opinión al respecto.

Cuando las actuaciones médicas son voluntarias, como es el caso que nos ocupa, consideramos que la pérdida de oportunidad es un concepto absolutamente relevante y que no puede obviarse. Todo ello por cuanto fruto de la actuación no diligente del profesional, puede producirse un resultado que, en vez de embellecer al cliente, le provoque, además de daños en su salud, unos perjuicios estéticos, y todos esos daños, pueden suponer que el lesionado esté perdiendo definitivamente la posibilidad del embellecimiento que pretendía. Aunque quepa margen de duda sobre si, de no haberse producido la situación dañina y cierta, el objetivo embellecedor se hubiera logrado. Es decir, habrá, precisamente por el daño provocado, la incertidumbre sobre si hubiera tenido o no posibilidad de lograrse el embellecimiento.

Pese a que las intervenciones a que se someten los clientes de los profesionales médico-estéticos, son voluntarias y no necesarias para la vida de los mismos, consideramos que para la valoración de la pérdida de oportunidad, no puede realizarse la comparación entre el daño padecido con el hecho de que no hubiera sido realizada la intervención (que no era vital). Esto es así por cuanto, aunque la actuación médica con finalidad estética no era necesaria, sí que era pretendida por el perjudicado.

Debe analizarse la pérdida de oportunidad que existe entre el resultado dañoso y el que hubiera tenido la intervención de no haberse derivado de la misma un daño. Es decir, valorar la diferencia entre una intervención correcta y la que ha causado daños, en vez de comparar el daño causado con la situación previa a la realización de la intervención o si la misma no se hubiera contratado.

Esta idea general, debe ser matizada, por ejemplo, en los casos en que el profesional médico-estético no ofrece toda la información necesaria al cliente antes de que se realice la intervención. En ese caso, puede que de haber conocido los verdaderos riesgos de la misma, el ahora perjudicado hubiera ponderado los mismos y hubiese podido decidir abandonar su idea de acudir a la medicina voluntaria. No haber tenido toda la información suficiente supone una pérdida de oportunidad que sí puede llevarnos a comparar la situación de daño con la previa a la realización de la práctica médica. Esto nos lleva a una situación bastante similar a las que recogen los casos de defecto de información sobre los daños de los hijos en gestación (<<*wrongful life*>> y

<<*wrongful birth*>>, pues de haberse tenido la plena información, no se sabe qué hubiera sucedido). En nuestro caso con la propia intervención - que quizá no se hubiera contratado - y, en el caso de las madres en periodo de gestación con su feto - quizá se hubiera interrumpido el embarazo -.

Sucede que, tal y como señala ASÚA GONZÁLEZ "*en la jurisprudencia prácticamente sólo se habla de pérdida de oportunidad en su sentido propio de mecanismo para gestionar a nivel indemnizatorio la incertidumbre causal en los supuestos errores y/o retrasos en el diagnóstico y tratamiento de las dolencias*"¹²⁴⁴. Además, también ha habido alguna sentencia relevante en materia de errores de pruebas diagnósticas ligadas al embarazo. La pérdida de oportunidad está muy vinculada en nuestro ordenamiento jurídico y en la jurisprudencia española a la curación o no del paciente, o al acierto o no de los tratamientos y, también, a la información completa a los pacientes.

Consideramos completamente aplicable la figura de la *pérdida de oportunidad* a las intervenciones estéticas. Los errores en la realización de la praxis pueden suponer la imposibilidad posterior de lograr el embellecimiento que se pretendía. También cuando la información proporcionada a los clientes es insuficiente y se esté produciendo una lesión a la autodeterminación de los mismos, que pueda a su vez unirse a un daño que, de haber tenido toda la información hubiera podido ser evitado, o incluso el perjudicado hubiera optado por no someterse al acto médico de satisfacción.

Resulta especialmente evidente la pérdida de oportunidad vinculada a actos médicos de satisfacción cuando una intervención meramente estética, como una reducción de nariz, provoca una devastadora lesión en la salud del perjudicado, más cuando ese riesgo no fue advertido en las informaciones previas a la intervención; pero aún cuando hubiera sido correspondientemente advertido el riesgo, existe una pérdida de oportunidad entre la intervención que causó el daño y que la misma hubiera salido bien¹²⁴⁵.

¹²⁴⁴ ASÚA GONZÁLEZ, Clara Isabel, *Pérdida de oportunidad en la Responsabilidad Sanitaria*. Ed. Thomson - Aranzadi. Cuadernos de Aranzadi Civil. 2008. Cizur Menor. Pág. 53.

¹²⁴⁵ No podemos evitar en este punto recordar el caso de Antonio Meño, que en el año 1989, con solo 21 años de edad, quedó en estado de coma vegetativo tras someterse a una rinoplastia. El perjudicado falleció en el año 2012, cuando su familia, tras 23 años de lucha en los tribunales consiguió llegar a un acuerdo transaccional por algo más de un millón de euros gracias a que tras la confesión de un médico

5. La vinculación entre los daños patrimoniales y los daños personales

Los daños patrimoniales y los daños personales, dentro de la responsabilidad sanitaria están especialmente vinculados. Esa vinculación es tan elevada que incluso podemos llegar a decir que de los daños personales se suelen derivar, a su vez, daños patrimoniales, con independencia de daños patrimoniales independientes que se hubieren generado vinculados al incumplimiento contractual.

Así, por poner un ejemplo, de una lesión que provoque daños en la motricidad de la víctima, además de la compensación referida exclusivamente al daño personal (pérdida de la motricidad), podrá surgir una lesión patrimonial, como por ejemplo la indemnización por los gastos en adquisición de una silla de ruedas o de unas muletas para el perjudicado, daños que como vemos, de no existir el daño inicial personal, serían inexistentes¹²⁴⁶.

Es curioso observar que, mientras resulta evidente la especial vinculación de algunos de los daños patrimoniales y de los personales, la nueva Ley 35/2015¹²⁴⁷ - que ha modificado el baremo de valoración de daños y perjuicios causados en accidentes de circulación -, los ha separado, tal y como señala COBO PLANA, con el objetivo de seguir las ideas internacionales más avanzadas¹²⁴⁸.

Sin embargo, el autor se refiere a la separación de las dos tipologías de daños dentro de la estructura de la norma, pues *de hecho*, reincidimos en la estrecha

que estuvo presente en el quirófano y observó la ausencia del anestesista en el momento de la intervención, el Tribunal Supremo aceptó revisar la causa. El periódico El País, en noticia de 30 de octubre de 2012, recoge más información sobre el caso de Antonio Meño. http://ccaa.elpais.com/ccaa/2012/10/30/madrid/1351591777_191896.html Noticia consultada el 20 de febrero de 2017.

¹²⁴⁶ No queremos decir que no puedan darse daños patrimoniales no vinculados a los personales, sino que existen daños patrimoniales independientes (lucro cesante, daño emergente, ya analizados), daños personales y, además, otros daños patrimoniales que están estrechamente vinculados al daño personal generado.

¹²⁴⁷ Ley 35/2015, de 22 de septiembre, de reforma del sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación. Publicada en el BOE núm. 228, de 23 de septiembre de 2015.

¹²⁴⁸ Señala el autor: "*se han separado los daños patrimoniales de los extrapatrimoniales o personales, siguiendo tanto las líneas internacionales más avanzadas, como la reflexión y la utilidad práctica de los conceptos indemnizatorios básicos*". Vid. COBO PLANA, Juan Antonio, *Metodología para valorar el daño corporal con el nuevo baremo de tráfico*. Ed. Bosch - Wolters Kluwer. Barcelona. 2016. Pág. 24.

vinculación que existe entre el daño personal y el patrimonial. Y el hecho de que se aborden separadamente dentro de la norma que rediseña el baremo de indemnización de accidentes de circulación no puede conducirnos a error sobre la conexión e interdependencia que existe entre los daños personales y los patrimoniales (vinculación de los daños extrapatrimoniales y los patrimoniales, en la terminología más extendida).

La vinculación entre los distintos conceptos indemnizatorios tienen como fundamento el principio de *reparación íntegra del perjudicado*, que ha sido analizado tradicionalmente como razón de ser de la propia responsabilidad civil - independientemente de que fuera de tipo contractual o extracontractual - y también encuentra su reflejo en la norma de modificación del baremo de accidentes de circulación.

La ley 35/2015, establece en el artículo 33.2, bajo la rúbrica <<*principios fundamentales del sistema de valoración*>>, que:

"2. el principio de reparación íntegra tiene por finalidad asegurar la total indemnidad de los daños y perjuicios padecidos. Las indemnizaciones de este sistema tienen en cuenta cualesquiera circunstancias personales, familiares, sociales y económicas de la víctima, incluidas las que afectan a la pérdida de ingresos y a la pérdida o disminución de la capacidad de obtener ganancias".

Las profesoras ROCA TRIAS y NAVARRO MICHEL, analizando los PELT (Principios de Derecho Europeo de la Responsabilidad Civil), señalan que en su artículo 10:202 se incluyen los gastos razonables vinculados al daño personal¹²⁴⁹.

Del mismo modo, el grupo de trabajo coordinado por el profesor MARTÍN CASALS, al analizar el artículo 10:202 de los PELT señaló que ante daños corporales, una parte del concepto de *daño patrimonial* es el de los gastos necesarios para tratamientos médicos y medidas rehabilitadoras¹²⁵⁰.

¹²⁴⁹ Señalan las autoras que el PELT "*incluye entre los conceptos indemnizables <<el daño a la salud física y a la psíquica si comporta una enfermedad reconocida>>, así como el daño patrimonial consistente en <<la pérdida de ingresos, el perjuicio de la capacidad de obtenerlos (incluso si no va acompañado de una pérdida de los mismos) y los gastos razonables, tales como el coste de la atención médica>>*". ROCA TRIAS, Encarna y NAVARRO MICHEL, Mónica, *op. cit.* Pág. 203.

¹²⁵⁰ Señala literalmente la obra: "*en el caso de daño corporal, un importante elemento del daño patrimonial son los gastos necesarios para el tratamiento médico y las medidas de rehabilitación y similares para curar lo más rápidamente posible la lesión o enfermedad. De conformidad con todos los sistemas europeos de responsabilidad extracontractual, los Principios indemnizan a la víctima dichos gastos siempre que sean razonables. (...) Otra categoría significativa de pérdida a causa de daño*

Así vemos como también según los principios del derecho europeo de responsabilidad civil, encontramos la estrecha conexión entre los daños patrimoniales y los personales, y aunque estos principios estén pensados para el ámbito extracontractual, nada impide trasladarlos a las relaciones contractuales existentes entre médico y cliente, ni a las reclamaciones por daños causados fruto de intervenciones de tipo estético.

6. El cálculo y la cuantificación de los daños

Vista la pluralidad de daños que pueden surgir de una misma intervención médica y atendiendo a que todos ellos podrán ser objeto de reclamación por parte del perjudicado, surge a continuación una de las dificultades más elevadas: calcular y cuantificar los daños padecidos, con el fin de poder proceder a su reclamación.

Parte de la dificultad reside, en la multiplicidad de tipologías de daños y las combinaciones de daños que pueden coincidir para una misma intervención generadora de lesiones. Pero ello solo es una pequeña parte de la dificultad de cálculo, pues además de la multiplicidad de tipos de daños, coexiste la propia complejidad de cuantificación y cálculo que algunos tipos de daños tienen *intrínsecamente*, como por ejemplo sucede con los distintos tipos de *daños personales* (o extrapatrimoniales).

Para la reclamación en procesos judiciales de los daños personales (corporales, morales, estéticos,...) será necesario acudir a la *pericia médica*, que deberá detallar hasta qué punto la persona ha padecido un daño, que se califica normalmente como lesión o secuela, y qué valoración económica puede ajustarse al daño padecido.

Tal y como señala CRIADO DEL RÍO es fundamental probar que la conducta que se demanda (en nuestro caso la intervención médica) es la causante de las lesiones, secuelas, perjuicios estéticos, daños morales, e incluso la muerte del perjudicado. Pues sin prueba de la causalidad, desaparece la necesidad de valorar el daño.¹²⁵¹

corporal es la pérdida de ingresos (...) la víctima puede reclamar no sólo cualquier pérdida de ingresos que ya se haya producido, sino también la que se produzca en el futuro". Vid. MARTÍN CASALS, Miquel (coord.), Principios de Derecho Europeo de la Responsabilidad Civil. Ed. Thomson Reuters - Aranzadi. 2008. Cizur Menor. Pág. 221.

¹²⁵¹ Señala la autora: "*es indispensable probar que la conducta o hecho objeto del litigio ha causado unas determinadas lesiones o secuelas o la muerte. Si no existe prueba de ello, o si desaparece la noción de causalidad médico legal entre el motivo objeto de litigio y el daño, desaparece el motivo de la*

Así, el primer *problema pericial* es, como hemos visto, encontrar la relación de causalidad entre los daños y la actuación médica y, una vez hallada la misma, debe valorarse pericialmente los daños. Se acudirá a la *valoración médico legal del daño a la persona* que "*se traduce en la valoración de todos los daños personales derivados de las lesiones causadas por el hecho lesivo demandado, respecto al estado anterior*"¹²⁵².

La lógica nos diría que, una vez valorados los daños y su importancia en la persona, existiría un método para su traducción en un *quantum*. ROCA TRÍAS Y NAVARRO MICHEL señalan que en otros Estados se utilizan fórmulas para el cálculo de la cuantía indemnizatoria, pero eso es algo que no sucede en nuestro ordenamiento jurídico¹²⁵³. Por ello, no podemos decir que exista una forma general de traducción directa de los daños a un sistema de cuantificación.

Esta situación en la que nos encontramos, sin que exista un sistema estanco aplicable a los casos objeto de nuestro estudio, ni tampoco a todos aquellos casos que no sean accidentes de circulación, nos lleva a una discusión entre las posiciones tendentes a exigir la *existencia de unas pautas generales* aplicables para todo tipo de cálculo de daños en todos los casos de responsabilidad civil (sea contractual o extracontractual), y otras posturas, que tienden a rechazar la existencia de estos sistemas estandarizados, ya que cristalizan las situaciones y dejan poco margen para las particularidades que cada caso en concreto tiene.

Sea como fuere, lo que es evidente es que en los casos de responsabilidad derivada de actos médicos de satisfacción con finalidad estética no existen unas guías directamente aplicables que se puedan utilizar para facilitar la labor de cuantificación de

reclamación y la necesidad de valorar el daño derivado del hecho lesivo por el que se reclama. Por el contrario, cuando razonamos científicamente que existe relación de causalidad médico legal proseguimos con nuestro trabajo, la valoración médico legal de los daños personales, porque apoyamos la razón de la existencia del proceso judicial. Admitida la causalidad médico-legal, si no existe ninguna otra circunstancia jurídica que modifique o invalide la causalidad jurídica, el juez determinará las consecuencias legales que tiene el hecho lesivo o conducta humana que ha motivado la reclamación". Vid. CRIADO DEL RÍO, M^a Teresa, Valoración Médico Legal del daño a la persona. Valoración del daño corporal. Tomo II. Ed. Colex. 2010. Madrid. Pág. 45 - 46.

¹²⁵² CRIADO DEL RIO, M^a Teresa, *op. cit.* (Tomo II) Pág. 47.

¹²⁵³ "*En algunos países, se utilizan fórmulas pormenorizadas para calcular la cuantía de la indemnización, pero en España no existen prevenciones normativas ni baremos generales que permitan cuantificar, de manera objetiva y general, el daño producido*". ROCA TRÍAS, Encarna y NAVARRO MICHEL, Mónica, *op. cit.* Pág. 201.

los daños, por lo que tendrá un papel fundamental la lucha de argumentación pericial que se llevará a cabo a lo largo del proceso de reclamación.

Sin embargo, en los apartados siguientes también observaremos que, ciertamente, sí que existe alguna forma, más o menos convencional, de valorar y cuantificar los daños padecidos por la persona perjudicada, de cara a poder solicitar el resarcimiento por su padecimiento.

6.1. El baremo de accidentes de circulación

No existe un sistema general de baremo para poder fijar el *quantum* indemnizatorio derivado de la lesión en los supuestos generales de responsabilidad civil, ni tampoco en los supuestos de responsabilidad civil médica.

Sin embargo, desde los años 90 del siglo XX, se inició en España un movimiento tendente a la obtención de lo que actualmente conocemos como *baremo de accidentes de circulación*, que actualmente es una figura consolidada dentro del ámbito de estos accidentes, y es de señalada referencia, dado que al ser una auténtica excepción y llevar ya una dilatada trayectoria, se acude a él fuera de los casos de responsabilidad civil derivada de los mismos.

Resulta oportuno analizar la evolución del baremo, desde su aparición en forma de guía, hasta la actualidad, para poder, posteriormente, ver sus posibilidades de aplicabilidad. Antes del año 1991 no existía ninguna tabla o baremo - ni siquiera dentro de las normas de accidentes de circulación - que trataran de categorizar las lesiones. A partir de dicho año algunos miembros de la Sección Española de la Asociación Internacional de Derecho de Seguros (en adelante, SEAIDA) publican unas *Tablas para la valoración de los daños personales derivados de accidentes de circulación*. El sistema fue conocido con el nombre de SEAIDA 91¹²⁵⁴.

Pese a las críticas al sistema de tablas, el mismo dotaba, por vez primera en España de seguridad jurídica y agilidad a los cálculos indemnizatorios y a las expectativas de las víctimas de accidentes. Anteriormente en dos casos similares con daños corporales parecidos, los tribunales españoles podían resolver otorgando

¹²⁵⁴ Tal y como nos aclara SABATER BAYLE, *op. cit.* Pág. 22.

indemnizaciones extremadamente dispares, puesto que los jueces y tribunales no contaban con criterios que orientasen sus decisiones. Existía inseguridad jurídica y tener un accidente en una provincia española podía ser mucho más *gratificante*¹²⁵⁵ que en otras. Visto el éxito de las tablas, al menos en lo que a ofrecer seguridad a las víctimas se refería, el legislador decidió cristalizar este sistema al introducirlo en la Disposición Adicional Octava de la Ley 30/1995¹²⁵⁶.

Desde 1995 hasta la actualidad, las aseguradoras de vehículos y las víctimas de accidentes han conseguido transigir con mayor facilidad en caso de lesiones corporales y ello ha llevado a que se redujera, aunque quizá no demasiado significativamente, la litigiosidad. Los tribunales han observado el éxito en la aplicación de los baremos, pero el legislador no ha querido crear otras tablas aplicables a otros supuestos de responsabilidad por lo que en la práctica, lo que ha sucedido es que poco a poco se ha ido admitiendo la aplicabilidad por analogía de los baremos de accidentes de circulación en otros supuestos de responsabilidad civil, como el que nos ocupa: la responsabilidad civil médica.

Esta aplicación por analogía, ha generado duras críticas por parte de la doctrina. Muestra de ello es la opinión de SABATER BAYLE que considera que se ha manipulado el auténtico sentido que debe darse a un uso orientativo, al ser usados por los tribunales para otros asuntos¹²⁵⁷.

La crítica que hemos destacado en el párrafo anterior se recoge en una publicación del año 1998, y pese a contener argumentos realmente interesantes, la realidad en la actualidad es que se ha impuesto dicho sistema de baremo.

¹²⁵⁵ Permítasenos la licencia, para resaltar que la falta de paridad hizo que se hablara de zonas territoriales en las que las indemnizaciones eran más elevadas que en otras y, en consecuencia, donde las víctimas de los accidentes ante daños similares podían verse más recompensadas. Algo que va ciertamente en contra de la finalidad que tiene toda indemnización (dejar indemne), pues no se trata de ganar ni de perder dinero, sino de que se repare un daño padecido.

¹²⁵⁶ Ley 30/1995, de 8 de noviembre, de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados. Publicada en el BOE núm. 268, de 9 de noviembre de 1995 (texto consolidado de 31 de octubre de 2015).

¹²⁵⁷ Señala el autor: "*manipulando el auténtico sentido que debe darse a su concepción como baremo orientativo, lo utilizan [los tribunales] para proceder a la valoración de unos daños derivados de otras causas - la responsabilidad médica, los accidentes por mal estado de los edificios... (...) sobrepasando de manera totalmente arbitraria el ámbito de aplicación para el que fue concebido*". SABATER BAYLE, Elsa, *Op. Cit.* Pág. 79.

El baremo está constituido por tablas y reglas que se actualizan anualmente y los tribunales los aplican sin dudar. En nuestra opinión, la clave de su elevada aplicabilidad analógica reside en la seguridad que proporcionan en relación a las cantidades que deberán aparecer en el concreto *quantum indemnizatorio*.

En realidad lo que sucede con esta aplicación por analogía, es que se utilizan unas cuantías pensadas para lesiones traumáticas y accidentales y que suceden dentro del ámbito de la circulación, por lo que puede que se ajuste poco o, mejor dicho, no tienen porqué ajustarse a situaciones como las intervenciones de medicina de satisfacción, o cualquier otro tipo de suceso dañoso. En palabras del CRIADO DEL RÍO el perito acude al baremo como *método orientativo* y los utiliza como *herramienta de trabajo*¹²⁵⁸.

Otros autores, como NAVARRO ESPIGARES Y MARTÍN SEGURA, justifican la utilización de los baremos de accidentes de circulación fuera de su estricto ámbito de aplicación considerando que las consecuencias de los daños (pérdida de vida humana, lesiones,...) son similares y la cuestión es la misma: lograr calcular la indemnización en favor del perjudicado¹²⁵⁹.

Prudentemente nos posicionamos más favorables a la idea de acudir al baremo como *guía orientativa*, en vez de considerar que en todo caso hay que ceñirse a ellos, pues considero que si el legislador quisiera que existieran criterios generales de cuantificación de daños de cara a valorar y cuantificar todos los daños en todos los casos de responsabilidad civil, hubieran sido aprobados unos criterios, de igual modo como sucedió para el caso de la responsabilidad en accidentes de circulación, por lo que no conviene abusar del recurso de la analogía, aunque es evidente que han estandarizado

¹²⁵⁸Establece la autora: "el perito, (...) utiliza el baremo como método cuantitativo de referencia orientativo y opta por los puntos o porcentaje de déficit funcional que considere más adecuado para el lesionado. Su conclusión final podrá ser coincidente o no con los valores aportados en el baremo. Se trata de una herramienta o medio de trabajo más, que utiliza para proceder a una valoración integral y equitativa del daño. Los baremos no son una norma, son una guía orientativa que utiliza el perito médico". CRIADO DEL RÍO, M^a Teresa, *Op. Cit.* (Tomo II). Pág. 157.

¹²⁵⁹Señalan los autores: "las consecuencias causadas por los accidentes de tráfico, en términos de pérdidas de vidas humanas y lesiones, son similares a las que se producen en otras actividades sociales tales como los accidentes de trabajo. En todos los casos la cuestión es la misma, cómo calcular adecuadamente el daño indemnizable. Por lo tanto, la respuesta debe ser también válida para todos los casos de causación de daños corporales". NAVARRO ESPIGARES, José Luis y MARTÍN SEGURA, José Aureliano, *Valoración económica del daño moral. Una metodología aplicable en los accidentes y enfermedades laborales*. Ed. CES Consejo Económico y Social de España. Colección estudios n^o 210. Madrid. 2008. Pág. 61

los conceptos indemnizatorios y han creado unas horquillas indemnizatorias que se siguen.

En el año 2003 fue aprobada la Ley 34/2003¹²⁶⁰, que adecuó la normativa de seguros de España a las normas comunitarias, que también afectó al baremo de accidentes de circulación, introduciendo el concepto de *perjuicio estético*. Se recoge dentro de la Tabla VI de las fijadas en los baremos de la Ley 30/1995 y, más recientemente la Ley 35/2015¹²⁶¹, la cual ha acabado de configurar el régimen aplicable a los accidentes de circulación y, que son aplicadas en los demás casos de daños a las personas¹²⁶².

Desde el punto de vista de la Jurisprudencia, es evidente que los baremos de accidentes de circulación han tenido una maravillosa acogida, que incluso en ocasiones nos presenta dudas al respecto de si los mismos, fuera de su estricto ámbito de aplicación, siguen siendo *meros principios inspiradores*. A modo de ejemplo de la situación expuesta, consideramos relevante observar la Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de junio de 2014¹²⁶³.

Sentencia que resuelve un caso de daños en el ámbito de la medicina asistencial privada. La perjudicada es una mujer que tras dar a luz con aparente normalidad, padeció complicaciones graves debido a la ausencia de comprobación de que no habían quedado restos de placenta o de otros materiales de la concepción en su interior, circunstancia que aconteció y que le desencadenó de forma muy rápida, en lesiones de enorme gravedad, que terminaron por provocarle una minusvalía del 79% tras padecer infartos cerebrales, además de la extirpación del útero y de un ovario. Vista esta situación, el Tribunal Supremo, señala la negligencia del profesional médico que ya

¹²⁶⁰ Ley 34/2003, de 4 de noviembre, de Modificación y Adaptación a la normativa comunitaria de la legislación de seguros privados (BOE nº 265 de 5 noviembre de 2003).

¹²⁶¹ Ley 35/2015, de 22 de septiembre, de reforma del sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación. Publicada en el BOE núm. 228, de 23 de septiembre de 2015.

¹²⁶² Tal y como señalan BADILLO ARIAS y GONZÁLEZ ESTÉVEZ, "*el nuevo baremo se inspira y respeta el principio básico de la indemnización del daño corporal: su finalidad es lograr la total indemnidad de los daños y perjuicios padecidos para situar a la víctima en una posición lo más parecida posible a la que tendría de no haberse producido el accidente*". BADILLO ARIAS, José Antonio y GONZÁLEZ ESTÉVEZ, Antonio E., *El nuevo baremo de daños. La Ley 35/2015, de 22 de septiembre, de reforma del sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación*. Ed. Thomson Reuters - Aranzadi. 2015. Cizur Menor. Pág. 248.

¹²⁶³ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1ª, de 6 de junio de 2014. Ponente D. José Antonio Seijas Quintana. RJ\2014\3395.

había sido condenado en primera instancia y tras considerar que la actuación profesional no se ciñó a la *lex artis*, el Fundamento de Derecho Cuarto se centra en la determinación de la indemnización que resulta de la condena, y establece que:

*"(...) la recurrente reclama tanto por el concepto de incapacidad temporal como por las lesiones permanentes o secuelas sufridas (...) para lo que ha de tomarse en cuenta, como valor orientador, el baremo o sistema legal de valoración que rige para los accidentes de tráfico"*¹²⁶⁴.

En este punto parece que la idea del Sumo Tribunal es acudir a estas tablas como orientación, sin embargo, a lo largo del presente Fundamento de Derecho, deja claro que pretende aplicarlo de forma estricta e incluso, señala qué versión considera aplicable indicando *"en la aplicación del baremo, esta Sala, a raíz de las SSTS (...), ha sentado doctrina, (...) conforme a la cual el momento del siniestro determina únicamente el régimen legal aplicable para la concreción del daño, debiéndose estar para su cuantificación al valor del punto en el momento en que se produce el alta definitiva"*. Parece evidente que en este momento, el TS ya no se plantea acudir al baremo como mera orientación, sino que en realidad está considerándolo automáticamente aplicable al caso e, incluso, ha creado una regla para saber cuándo se concreta el valor del punto, que se fija en el momento del alta definitiva.

Tras esta argumentación, el TS señala las lesiones y realiza los cálculos, para finalmente alcanzar una cifra indemnizatoria que le concede y a la que condena al profesional médico (más los intereses legales desde la fecha de interposición de la demanda). Observamos con el presente ejemplo, que la idea de acudir a los baremos de accidentes de circulación como orientación, se queda en una mera alegación, pues la aplicación es exacta.

Vista esta situación, resulta necesario analizar las ventajas e inconvenientes del sistema de baremo o de reglas tasadas para la valoración de los daños, de forma tal que podamos defender o no, la creación de un método propio para los casos de responsabilidad civil con resultado de daños personales, que no sean casos de accidente de circulación, o cuando menos, para poder valorar la oportunidad de utilizar el baremo existente por analogía o como inspiración para la determinación de las cuantías a

¹²⁶⁴ Fundamento de Derecho Cuarto de la STS de 6 de junio de 2014 (el subrayado del fragmento es propio).

nuestros casos de estudio o, incluso, valorar la opción de ampliar el ámbito de aplicación de los mismos a situaciones en las que ya se están aplicando.

Según el extenso análisis doctrinal que realiza CRIADO DEL RÍO, la apuesta por la creación de los baremos tenía como finalidad disponer de unos principios de referencia, que sirvieran de base para realizar la valoración de los daños personales¹²⁶⁵.

Además de estos requisitos y de los objetivos señalados para defender la oportunidad del sistema de baremo, también hay un gran número de argumentos favorables a su existencia, que pasamos a resumir sucintamente:

i. El sistema estandarizado proporciona "*un medio para tratar de forma homogénea o uniforme a los casos iguales*"¹²⁶⁶ lo que favorece la disminución de resoluciones muy dispares ante sucesos muy similares, dado que minimiza el marco de subjetividad tanto de los perjudicados como de los operadores jurídicos.

ii. También proporciona seguridad jurídica "*entendida como reacción que los ciudadanos pueden esperar razonablemente de los tribunales*"¹²⁶⁷. Supone la configuración de unas reglas del juego, que permiten a los actores anticiparse a la resolución judicial, y prever las cuantías indemnizatorias que podrían obtenerse, atendiendo a las peculiaridades de sus casos.

iii. Vinculada a la seguridad jurídica. La existencia de unas reglas de cálculo permiten disminuir la judicialización de la responsabilidad civil. Resulta más económico que, por medio de los baremos, se calculen los *quantums* indemnizatorios y se llegue a acuerdos transaccionales extrajudiciales. La existencia de baremos favorece la desaparición de reclamaciones desorbitadas y excesivas.

iv. Se facilita el cobro de las indemnizaciones, por la facilidad de cálculo y la previsibilidad de las mismas.

¹²⁶⁵ Señala la autora: "*elaborar y disponer de unos criterios o principios de referencia sobre los que apoyar los fundamentos indemnizatorios, que sirvieran de base para realizar la valoración y la reparación de los daños personales justa y equitativa, y favorecieran la vía de convenio, los acuerdos mutuos entre las partes, con la consiguiente reducción de las vistas ante los tribunales, respetando estos dos principios (...): - Dejar un margen suficiente para poder tener en cuenta los <<rasgos particulares>> de cada caso. - La <<independencia judicial>> para que se pueda fallar sobre los aspectos específicos de cada caso concreto dentro del principio de legalidad*" CRIADO DEL RÍO, María Teresa, *op. cit.* (Tomo III). Pág. 395 y 396.

¹²⁶⁶ *Cit. Supra.* (Tomo III). Pág. 397.

¹²⁶⁷ *Cit. Supra.* (Tomo III). Pág. 398.

v. Los baremos sirven para contener las cuantías indemnizatorias, dado que contienen los límites máximos de indemnización para cada suceso. Esto conlleva que, a la vez, se contengan las primas de los seguros de responsabilidad civil, pues las aseguradoras cuentan con instrumentos que les permiten realizar previsiones de siniestralidad y de gasto derivado de la misma, por lo que mientras las indemnizaciones se estén conteniendo, las primas que se aplican a los tomadores de los seguros también se contienen.

Pero, como señalamos anteriormente, también existen argumentos contrarios a la estandarización de las cuantías mediante un sistema de baremo, como el de los accidentes de circulación, los principales argumentos en contra, a nuestro parecer, son los siguientes:

i. *"No se elimina el problema de las indemnizaciones dispares"*¹²⁶⁸, dado que, como vimos, uno de los requisitos que se solicitan siempre al sistema de baremo es la existencia de una cierta discrecionalidad y un margen de actuación para los jueces y tribunales, lo que ciertamente redundaría en que las indemnizaciones sean distintas.

ii. *"Los topes se establecen en una cantidad fija que puede verse erosionada por la inflación"*¹²⁶⁹. De hecho, además de la posibilidad de erosión de los topes, que ciertamente se puede solventar con una actualización periódica de las cuantías, tal y como sucede con las cuantías del baremo para los accidentes de circulación en España, el aspecto que nos alerta es la existencia de límites máximos de indemnización, pues consideramos que las particularidades de los casos concretos pueden chocar con el hecho de que existan límites máximos.

iii. Los baremos *"no resuelven la enorme carga financiera de las demandas de reducida cuantía, en las que al asegurador le cuesta más su defensa que abonar lo que se le reclama"*¹²⁷⁰. Aunque ciertamente consideramos que ello puede ayudar a evitar la litigiosidad, pues será más sencillo, - en realidad más barato -, que se solventen extrajudicialmente estas discusiones de cuantía poco relevante.

Recapitulando sobre todo lo visto hasta el momento podemos concluir considerando que la existencia del baremo de accidentes de circulación ha afectado a la

¹²⁶⁸ Cit. Supra. (Tomo III). Pág. 403.

¹²⁶⁹ Cit. Supra. (Tomo III). Pág. 403.

¹²⁷⁰ IDEM.

valoración y cuantificación de todo tipo de casos de responsabilidad civil en el que hubieran daños personales, como son los casos de responsabilidad médica, porque es una excepción y, aún siendo solo como criterios orientadores, son un instrumento que acota el ámbito disputa de las partes en conflicto.

Admitiendo, a modo de conclusión, como propio un argumento de YZQUIERDO el sistema de baremo es "*bueno, por su propósito unificador, y malo por sus injustos resultados*"¹²⁷¹.

Pese a todo, en muchas ocasiones es frecuente observar como los propios afectados por lesiones personales en casos de responsabilidad médica o de otro tipo ajeno a los accidentes de circulación, se circunscriben a estos baremos, como forma de obtener más fácilmente la indemnización, o de minimizar la discusión al respecto de la cuantía, porque está muy extendida su aplicación analógica en los juzgados de todos los niveles y de todo el territorio estatal.

6.2. La pericia en los Actos Médicos de Satisfacción con finalidad estética

Resulta fundamental analizar el papel de la *pericia* en los actos médicos de satisfacción, y, en realidad, siempre que sea necesario calcular y cuantificar lesiones corporales.

Cuando hablamos de pericia nos referimos a la valoración médico legal de los daños que ha padecido una persona, ya que es una actuación necesaria para poder proceder a la reparación posterior de los daños de la misma.

Tal y como señala CRIADO DEL RÍO la valoración del daño personal no se ciñe exclusivamente al resultado dañoso, sino que analiza el impacto de ese resultado dañoso en todos los aspectos de la vida del perjudicado¹²⁷².

En general (no solo en nuestro ámbito de estudio), cuando una persona ha padecido daños de cualquier tipo fruto de una actuación de tercero, sea dentro del marco

¹²⁷¹ YZQUIERDO TOLSADA, Mariano, (2016), *op. cit.* Pág. 633.

¹²⁷² Dice la autora: "*la valoración y reparación del daño corporal o daño a la persona no sólo analiza y evalúa el resultado dañoso, la lesión desde un punto de vista médico, sino que estudia y evalúa todas las consecuencias que tiene la lesión sobre la persona en todos los ámbitos de su vida*". CRIADO DEL RÍO, María Teresa, *op. cit.* (Tomo I). Pág. 46.

de un contrato o fuera de él, precisa de una valoración de su daño, que será el instrumento que se utilizará para poder transformar sus padecimientos (personales, patrimoniales o de ambos tipos) en una cuantía que pase a ser exigible contra la persona que provocó sus lesiones.

La valoración del experto adoptará la forma de un informe pericial y será realizada por los peritos que serán generalmente, médicos especialistas en valoración de daño corporal o, si la cuestión es excepcionalmente compleja, pueden ser profesionales médicos de la rama implicada en la lesión¹²⁷³, como por ejemplo especialistas en cirugía estética, para que resulte más sencillo para el profesional comprender el alcance de la lesión, o demostrar la existencia de mala praxis y, traducir a un lenguaje inteligible para el juzgador todo aquello que se pueda extraer de los hechos a enjuiciar.

El informe o dictamen pericial, que también se conoce como prueba pericial, será, según el artículo 348 de la LEC, valorado por el tribunal "*según las reglas de la sana crítica*", es decir, que no generan una especial vinculación al magistrado, pero no puede omitirse que son informaciones cualificadas emitidas por un experto, *el perito*, que en virtud del artículo 335.2 de la LEC, "*deberá manifestar, bajo juramento o promesa de decir verdad, que ha actuado y, en su caso, actuará con la mayor objetividad posible, tomando en consideración tanto lo que pueda favorecer como lo que sea susceptible de causar perjuicio a cualquiera de las partes, y que conoce las sanciones penales en las que podría incurrir si incumpliere su deber como perito*".

Así, tal y como señala DOMÍNGUEZ LUIS - al analizar resoluciones de distintos tribunales y órdenes jurisdiccionales -, la prueba pericial complementa los conocimientos del juez o tribunal, aportándole los contenidos técnicos necesarios¹²⁷⁴. Esto hace que la prueba pericial sea prácticamente imprescindible cuando nos situamos frente a lesiones provocadas en el marco de intervenciones médicas, por cuanto será

¹²⁷³ Cada vez es más frecuente encontrar gabinetes periciales en los que se ofrecen los servicios de distintos especialistas, con el objetivo de poder garantizar que el informe pericial se ajuste lo más posible a la complejidad de la lesión o para poder demostrar con mayor facilidad la existencia de prácticas desviadas de la *lex artis*. Un ejemplo de este tipo de consultas multidisciplinarias puede ser la entidad Bendix Consulting - <http://bendixconsulting.com/> (Página web consultada el 21 de febrero de 2017).

¹²⁷⁴ Señala el autor: "*la prueba pericial, como una más en el proceso, está dedicada a complementar los conocimientos del juez o tribunal, en el momento de adoptar una decisión cuyos fundamentos o contenidos técnicos, hagan necesaria la ayuda de un experto en cada una de las materias científicas que pueden presentarse*". DOMÍNGUEZ LUIS, José Antonio, "Responsabilidad patrimonial sanitaria por (no) colocación de implante anticonceptivo: medicina satisfactiva, daño anormal y mala praxis" en *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 6/2016. Parte Estudio. Versión digital. ID. Aranzadi: BIB2016\3069.

necesario que un experto (o varios) ayuden al enjuiciador a dilucidar los hechos, a contabilizar los daños, y a demostrar la vinculación de los mismos con la actuación que se considera mala praxis del profesional.

Actualmente existe la firme idea de que el perito es un auxiliar de la justicia, y de hecho, podemos encontrarnos ante situaciones en las que son sus señorías quienes acuden a un profesional, para que realice un informe pericial que sirva para aportar el máximo de luz posible a la controversia que se pretende resolver. Sin embargo, tal y como acertadamente apunta CRIADO DEL RÍO "*la opinión pericial nunca prevalece sobre la del Juez*"¹²⁷⁵.

En cualquier caso, tanto si nos ubicamos frente a un informe pericial de cualquiera de las partes, como si nos situamos frente a un informe que pretende auxiliar al juez de cara a emitir un pronunciamiento distinto al que pretenden ambas partes, dentro del ámbito de la responsabilidad sanitaria derivada de actos médicos de satisfacción con finalidad estética consideramos imprescindible que se requiera la intervención pericial. Sin dictamen, sería prácticamente imposible demostrar la existencia de daños, relacionar los daños existentes con la intervención profesional que los ocasionó (nexo de causalidad) y atribuir la responsabilidad de los mismos a una concreta actuación del culpable de los mismos. Pero tampoco sería tarea sencilla transformar los daños personales en un importe o *quantum* indemnizatorio, aun contando con la existencia de un baremo de accidentes de circulación que, como vimos, puede utilizarse como guía orientativa, aplicándola de forma analógica.

La magistrada-juez BELHADJ BEN GÓMEZ, hace especial hincapié en el deber de juramento o promesa de imparcialidad que debe recoger el informe pericial y realizar el perito, señalando que "*la objetividad e imparcialidad no puede ser sobrevvenida*"¹²⁷⁶, lo que debe servir para señalar que la actuación pericial, pese a ser de parte, no puede - o mejor, no debería - ser parcial.

Lo expuesto al respecto de la objetividad e imparcialidad de los informes y dictámenes periciales, pese a ser algo asumido por los propios peritos y por los operadores jurídicos como algo normal, es evidente que colisiona con la finalidad que

¹²⁷⁵ CRIADO DEL RÍO, María Teresa, (Tomo I), *op. cit.* Pág. 97.

¹²⁷⁶ BELHADJ BEN GÓMEZ, Celia, "La prueba pericial, reglas sobre proposición, admisión y práctica en el proceso civil. Estudio jurisprudencial" en *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 3/2012. Parte Estudio. Disponible en formato digital. ID Aranzadi: BIB 2012\955.

los propios dictámenes tienen en realidad. Si nos fijamos en el ámbito de la mala praxis médica en el marco del acto médico de satisfacción con finalidad estética, veremos que lo normal es que, tanto los perjudicados, como los presuntos causantes de los daños, acuden al proceso con pruebas periciales que afirman ser objetivas e imparciales, de profesionales con titulación verdaderamente similar y que, "*sorprendentemente*", llegan a conclusiones diametralmente opuestas, al respecto de la gravedad de los daños, de las lesiones que han comportado, de las secuelas, de la valoración económica y, por supuesto, sobre la causa más evidente de los daños¹²⁷⁷.

Si retornamos a las ideas de DOMÍNGUEZ LUIS, podemos concluir señalando que "*para poder alcanzar una tal decisión atributiva de responsabilidad se hace imprescindible analizar el material probatorio que permita obtener el convencimiento de que la actuación médica no se ha realizado con la diligencia requerida, infringiendo la lex artis*"¹²⁷⁸ y este material probatorio será más fuerte y convincente, cuanto más claro y rotundo sea el informe pericial que acompañe a las pretensiones del perjudicado, porque hará posible que el juzgador, comprenda la entidad de los daños y observe si concurren los requisitos de la responsabilidad civil.

6.3. Otros sistemas de cuantificación de los daños

En el presente apartado, se analizan los distintos métodos de valoración, que utilizan los profesionales expertos en la valoración de los daños personales como forma de alcanzar una cuantificación de las lesiones.

¹²⁷⁷ Es por ello que no debemos sorprendernos si vemos que dos profesionales, objetivos e imparciales que analizan un mismo supuesto, llegan a posturas enfrentadas, igual que no nos sorprenderá comprobar que los juzgados, en la práctica diaria, son prudentes en la interpretación de las pruebas periciales de parte, por cuanto pese a las exigencias que en principio cumplen todas ellas, en la mayoría de supuestos más que servir para que el juzgador sea capaz de comprender qué ha sucedido, quién es el responsable y cuánto va a afectar al perjudicado lo sucedido y cuánto debería abonársele en concepto de indemnización, sirven para apoyar un argumentario de parte que minimice la responsabilidad causada o exagere los padecimientos reales, según el caso concreto y la parte que se defienda.

¹²⁷⁸ DOMÍNGUEZ LUIS, José Antonio, *op. cit.*

Hemos intentando alejarnos del baremo, para exponer otras realidades, y así hemos profundizado sobre tres métodos de valoración utilizados por los médicos legales, ampliamente recogidos en la obra de CRIADO DEL RÍO¹²⁷⁹.

Los métodos que se analizarán, son métodos de valoración que pueden utilizarse como concurrentes al baremo de accidentes de circulación y no excluyentes del mismo.

Así, aunque solo sea en la práctica una posibilidad hipotética, estos métodos de valoración, pueden actuar de forma independiente a los baremos de accidentes y podrían, por ellos mismos, servir como base para la cuantificación de daños.

El primero es el *método descriptivo* que, tal y como su nombre indica, se basa en la descripción de "*todos los hechos y circunstancias derivadas del hecho lesivo que han ocasionado un sufrimiento físico y/o psíquico al lesionado para poder conocer la naturaleza y entidad de dichos sufrimientos*"¹²⁸⁰. Se centra en analizar al perjudicado tanto en la fase previa a la estabilización o consolidación de sus daños, que es el momento en que se están todavía tratando las lesiones, como en la fase de post-consolidación, es decir, cuando ya existe una secuela cierta del daño padecido. Se describirán todas circunstancias que acompañan al daño y se pasará a señalar la relación causal entre la actuación que causó el daño y el padecimiento descrito.

En la realización del informe, mediante el método descriptivo, se analizan infinidad de variables, tales como las características y circunstancias de generación del daño, la existencia de lesiones, su importancia, su evolución, la generación de secuelas, factores personales de la persona perjudicada (que sirve para determinar el grado de afectación personal por el daño padecido) y otras muchas circunstancias más, todas las que se consideren necesarias describir el daño, por ser útiles para plasmar el daño real padecido por el perjudicado.

Atendiendo al resultado de la descripción de las circunstancias del perjudicado, se elabora la cuantía, que es exclusiva para ese afectado y deberá intentar justificarse en atención a la situación en la que se encuentre. Es en este punto en el que, la existencia de baremos hace tentador que, una vez descrita la situación exacta y comprobado la existencia de lesiones, de secuelas, de daños psíquicos y físicos y la situación personal

¹²⁷⁹ CRIADO DEL RÍO, María Teresa, *op. cit.* (Tomo II). Páginas 461 a 507.

¹²⁸⁰ *Cit. Supra.* (Tomo II). Pág. 462.

del perjudicado, se acuda a las cifras que las tablas y baremos de accidentes de circulación presentan, ciñéndose el valorador a las mismas completamente o, si lo prefiere, utilizándolas como criterio orientador o de referencia y justificando en qué puntos considera que procede una mayor o menor reparación, compensación o indemnización para el afectado.

El segundo de los métodos es el *cualitativo*, que recoge la situación existente, o parte de un previo informe descriptivo que haya utilizado el método explicado anteriormente y trata de "*equiparar o asimilar de forma global los sufrimientos padecidos a un adjetivo o calificativo o número*"¹²⁸¹. En el caso de los accidentes de circulación, tras obtener la cualificación, se acude a la tabla concreta, mientras que en el caso de que no estemos utilizando el baremo de accidentes, lo que sucederá es que una vez se haya llegado a una conclusión al respecto del daño y de los padecimientos del afectado, y se hayan calificado los mismos, se argumentará al respecto de qué cuantía se considera oportuna para ellos.

Los profesionales, cuando acuden a éste método, suelen utilizar escalas o grados (p. ej.: mucho dolor, dolor insoportable, dolor moderado, dolor ligero, dolor pasajero, sin dolor,...) que, sin embargo, tienen el inconveniente de reflejar muy poco fielmente la realidad del afectado. Resulta complejo ceñir algo tan intrínseco como el padecimiento a unas graduaciones prefijadas o a unos adjetivos o calificativos, por lo que este método es más subjetivo y no sustituye al método subjetivo anteriormente expuesto¹²⁸².

Por último, el tercero de los métodos es *cualitativo-cuantitativo*, que califica los daños de forma similar al anterior, acudiendo a escalas un tanto genéricas, pero que están cuantificadas, y "*cuyo resultado final se traslada proporcionalmente a la escala calificativa*"¹²⁸³.

Este método responde a distintos intentos de producir un resultado objetivo en lo que a las cuantías se refiere, por lo que se da un valor a cada hecho calificado y se genera una especie de proporcionalidad entre las cantidades, lo que hace que a mayor gravedad, más elevada sea la cuantía resultante. Este sistema se vincula fuertemente al

¹²⁸¹ *Cit. Supra.* (Tomo II). Pág. 477.

¹²⁸² *Cit. supra.* (Tomo II). Pág. 488.

¹²⁸³ *Cit. Supra.* (Tomo II). Pág. 462.

de los baremos de accidentes de circulación, por lo que será complejo acudir a él sin orientarse en las cuantías que figuran en el mismo.

Aunque podría suceder que el profesional perito que vaya a valorar los daños derivados de la mala praxis médica, utilizara cualesquiera de los tres métodos expuestos y, junto con una argumentación motivada y suficiente, manifestará la necesidad de tomar en consideración cuantías distintas a las que surgieran de la utilización de los baremos de accidentes de circulación, pues como muy acertadamente señala SELIGRAT GONZÁLEZ, la existencia de baremos para accidentes de circulación "*no impide que el Tribunal valore la indemnización en función de otras circunstancias, si con ello considera que se logrará una mejor reparación del daño causado*"¹²⁸⁴.

A lo anteriormente expuesto debemos añadir que para que el Tribunal valore la posibilidad de *huir* de los baremos de circulación, que están enormemente extendidos fuera del ámbito de las reclamaciones de daños personales producidas por accidentes de tráfico, será necesario que tanto los peritos como las defensas jurídicas de las partes perjudicadas en cada caso, convenzan al enjuiciador de la necesidad de escapar de la aplicación por analogía. Resaltando la necesidad de acudir a otras cifras o métodos de valoración, para poder obtener la indemnización que mejor repare los daños al perjudicado.

7. El aseguramiento de la responsabilidad civil de los profesionales sanitarios

Una de las figuras más relevantes en cualquier estudio de responsabilidad civil siempre es el estudio de los distintos tipos de seguros que pueden cubrir los daños generados o padecidos, y el ámbito de la responsabilidad sanitaria no es una excepción. Además hay que tener en consideración que existe una regulación al respecto del aseguramiento de la responsabilidad profesional, lo que hace más relevante, si cabe, el presente epígrafe.

La Ley 50/1980, de Contrato de Seguro¹²⁸⁵, en su artículo 73 define el seguro de responsabilidad civil como aquél mediante el cual "*el asegurador se obliga, dentro de*

¹²⁸⁴ SELIGRAT GONZÁLEZ, Víctor Manuel, *Responsabilidad civil en actividades de ocio peligroso y lugares de diversión*. Ed. Wolters Kluwer - La Ley. 2016. Madrid. Pág. 132.

¹²⁸⁵ Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro. Publicada en el BOE núm. 250, de 17 de

los límites establecidos en la Ley y en el contrato, a cubrir el riesgo del nacimiento a cargo del asegurado de la obligación de indemnizar a un tercero los daños y perjuicios causados por un hecho previsto en el contrato de cuyas consecuencias sea civilmente responsable el asegurado, conforme a derecho". Así, las aseguradoras quedan vinculadas a los daños que generan sus asegurados a terceros.

En nuestro ordenamiento jurídico, existen ciertos ámbitos donde el aseguramiento de la responsabilidad civil es obligatorio, y el ejercicio profesional de la medicina es una de esas materias de seguro de responsabilidad civil obligatorio.

La Ley 44/2003, de 21 de noviembre, de ordenación de las profesiones sanitarias¹²⁸⁶, dispone en su artículo 46, bajo el título de "Cobertura de responsabilidad", que *"Los profesionales sanitarios que ejerzan en el ámbito de la asistencia sanitaria privada, así como las personas jurídicas o entidades de titularidad privada que presten cualquier clase de servicios sanitarios, vienen obligados a suscribir el oportuno seguro de responsabilidad, un aval u otra garantía financiera que cubra las indemnizaciones que se puedan derivar de un eventual daño a las personas causado con ocasión de la prestación de tal asistencia o servicios"*.

Esta previsión legislativa, que vincula a todos los profesionales sanitarios de ámbito privado en nuestro ordenamiento jurídico, queda algo desdicha en la misma norma, pues el segundo apartado del mismo artículo señala que: *"las comunidades autónomas, en el ámbito de sus respectivas competencias, determinarán las condiciones esenciales del aseguramiento, con la participación de los profesionales y del resto de los agentes del sector"*. La concreción de las cuestiones que la ley señala, por parte de las distintas Comunidades Autónomas no se ha llevado a cabo hasta la fecha, sin embargo, dentro del ámbito privado de la medicina, se considera obligatoria la suscripción de un seguro de responsabilidad civil.

Así, vemos como los seguros de responsabilidad civil para profesionales sanitarios están regulados por una norma (Ley 44/2003) que, como define REGLERO CAMPOS, forma parte del grupo de *"las normas que establece una obligación de*

octubre de 1980 (versión consolidada de 15 julio de 2015).

¹²⁸⁶ Ya referida anteriormente (*vid.* Cap. I, apartado 3º).

concertar un seguro de responsabilidad civil, pero sin dotarle de regulación normativa alguna"¹²⁸⁷.

Esta situación de falta de concreción de los elementos o *condiciones esenciales del aseguramiento*, nos lleva a la existencia de infinidad de distintos seguros de responsabilidad disponibles para los profesionales que ejercen la medicina en el ámbito privado y una situación de perjuicio para los intereses de los profesionales, que son víctimas de la falta de concreción legislativa al respecto de las materias relevantes en su aseguramiento obligatorio.

A modo de ejemplo de esta situación de falta de concreción, PEREA PÉREZ y ALBARRÁN JUAN, señalan en una obra dirigida a los profesionales de la podología que ejercen en ámbito privado que *"no todos los seguros de responsabilidad civil profesional que hay en el mercado son similares, hay diferencias importantes que pueden condicionar su adecuación a nuestra actividad"*¹²⁸⁸.

Volviendo a la figura del aseguramiento, y dejando a un lado las características del propio seguro, debemos observar que, tal y como refiere FERNÁNDEZ HIERRO los seguros de responsabilidad profesional *"suponen que la indemnización de perjuicios que tenga que efectuar un médico a uno de sus pacientes, como consecuencia del daño causado, sea abonado no por el profesional, sino por el seguro, a cambio del pago de una prima, de acuerdo con las condiciones y dentro de los límites del contrato surgido entre el médico y la compañía de seguros"*¹²⁸⁹, sigue el autor señalando - *"debiendo tener en cuenta (...) que ni existe una normativa específica para el seguro de responsabilidad civil médica ni tampoco un seguro especial para tal actividad, no distinguiéndose su responsabilidad, en principio, de la de otras profesiones"*¹²⁹⁰.

Resulta evidente que la falta de previsiones para generar un seguro concreto para los profesionales del ámbito sanitario les afecta negativamente, pero no solo a los propios profesionales, sino también a sus pacientes y clientes. Pues el objetivo del seguro, no solo es proteger al profesional, para el caso de que incurra en mala praxis y

¹²⁸⁷ REGLERO CAMPOS, Luis Fernando, "El seguro de responsabilidad civil" en REGLERO CAMPOS, Luis Fernando y BUSTO LAGO, José Manuel (coords.), *op. cit.* (Tomo I). Pág. 1376.

¹²⁸⁸ PEREA PÉREZ, Bernardo, ALBARRÁN JUAN, M^a Elena, *et. au.* "El aseguramiento de la responsabilidad civil profesional en la práctica de la podología" en *Revista Internacional de Ciencias Podológicas*. Vol. 5, Núm. 1. Año 2011. Ed. Universidad Complutense de Madrid. Madrid. Página 53.

¹²⁸⁹ FERNÁNDEZ HIERRO, José Manuel, *op. cit.* Pág. 701.

¹²⁹⁰ *Cit. Supra*. Pág. 701.

cause daños a un paciente, sino también para garantizar que el paciente podrá verse indemnizado y resarcido de los daños que le produjeron, con independencia de la realidad económica que particularmente esté viviendo el profesional médico. Puede verse el seguro de responsabilidad civil profesional como una "*garantía para la presunta víctima, contra el riesgo de insolvencia por parte del profesional*"¹²⁹¹.

En el momento de celebrar el contrato de seguro, el profesional podrá seleccionar las materias que quiere que resulten cubiertas por su seguro y, coincidimos con el argumento de YZQUIERDO TOLSADA, que considera que no existe "*inconveniente en admitir la cobertura de responsabilidad contractual dentro del SRC*"¹²⁹². En la práctica, los profesionales sanitarios pueden asegurar su responsabilidad contractual, su responsabilidad extracontractual o las dos conjuntamente y, con la selección del profesional, se configurará lo que se conoce como cobertura de la póliza de seguro, que es el alcance o el ámbito de protección que la aseguradora estará obligada a ofrecer para su asegurado.

Lo que parece pacífico, si nos guiamos por el análisis que, sobre el seguro de responsabilidad civil, realiza REGLERO CAMPOS, es que se concibe el mismo como un seguro para el caso de existencia de daños, "*un seguro de patrimonio o de interés, en el que el asegurador asume el riesgo de que el patrimonio del asegurado quede disminuido como consecuencia de la deuda indemnizatoria contraída a raíz del hecho dañoso*"¹²⁹³. Aunque el propio autor reconoce que la figura de la *acción directa* que se establece en el artículo 76 LCS¹²⁹⁴, hace que la idea del seguro de responsabilidad civil como seguro que protege el patrimonio del causante del daño, se difumine o, cuando menos, se concrete con la idea de que el seguro de responsabilidad civil está dirigido

¹²⁹¹ *Cit. Supra*. Pág. 703.

¹²⁹² YZQUIERDO TOLSADA, Mariano (2016), *op. cit.* Pág. 671.

¹²⁹³ REGLERO CAMPOS, Luis Fernando, *op. cit.* (Tomo I). Pág. 1372.

¹²⁹⁴ Artículo 76: "*El perjudicado o sus herederos tendrán acción directa contra el asegurador para exigirle el cumplimiento de la obligación de indemnizar, sin perjuicio del derecho del asegurador a repetir contra el asegurado, en el caso de que sea debido a conducta dolosa de éste, el daño o perjuicio causado a tercero. La acción directa es inmune a las excepciones que puedan corresponder al asegurador contra el asegurado. El asegurador puede, no obstante, oponer la culpa exclusiva del perjudicado y las excepciones personales que tenga contra éste. A los efectos del ejercicio de la acción directa, el asegurado estará obligado a manifestar al tercero perjudicado o a sus herederos la existencia del contrato de seguro y su contenido*".

"tanto a la protección del patrimonio del asegurado como a la tutela de los terceros perjudicados"¹²⁹⁵.

Las autoras ROCA TRIAS y NAVARRO MICHEL, explicaron en su obra la razón de ser de los seguros de responsabilidad civil obligatorios, al señalar que es un sistema que permite resarcir daños, sin tener que parar de realizar la actividad que ha provocado esos daños, por ello se obliga normativamente a asegurar ciertas actividades que son peligrosas¹²⁹⁶, como el ejercicio de la profesión privada de la medicina. Sin embargo, las propias autoras añaden que, "*un sistema de seguros no evita el riesgo, sino que sólo previene el peligro de que las víctimas no obtengan el resarcimiento*"¹²⁹⁷.

Tras estos análisis sobre el seguro de responsabilidad civil obligatorio, la mayoría de la doctrina consultada, habla de la posibilidad de que su existencia permita al profesional asegurado *obligatoriamente*, actuar de forma más despreocupada. Ciertamente puede existir un número de profesionales para los cuales actuar respaldados por un seguro de responsabilidad civil les permita tomarse a la ligera su trabajo, pero no consideramos que ello sea la práctica más habitual, incluso sin valorar que, además, las aseguradoras tienen la posibilidad de utilizar el precio de la prima del seguro como método de *castigo*, para sus asegurados más díscolos o que más daños han causado.

En nuestra opinión, la figura del aseguramiento obligatorio de la responsabilidad civil de los médicos que ejercen en el ámbito privado es un acierto, y otorga seguridad tanto al profesional, que podrá actuar sin miedo, pensando en que su patrimonio puede verse comprometido a cada intervención que deba realizar. Y, por supuesto, también es favorable la existencia de este seguro para los clientes o pacientes de estos profesionales, pues existen pocas posibilidades de que en caso de daños, el profesional que los causó se pueda desentender absolutamente de los mismos.

Si observamos las resoluciones judiciales contemporáneas, vemos como para los distintos tribunales, resulta evidente que, ante casos de daños derivados de actos médicos de satisfacción con finalidad estética, una vez que se vincula el daño con el

¹²⁹⁵ REGLERO CAMPOS, Luis Fernando, *op. cit.* (Tomo I). Pág. 1372.

¹²⁹⁶ Señalan literalmente las autoras: "*se considera que se trata de un sistema que permite resarcir los daños, sin que se tenga que dejar de realizar la actividad que los provoca: así se obliga a contratar un seguro en ciertos campos de actividades especialmente peligrosas o propensas a causar daños, como los automóviles*". ROCA TRIAS, Encarna y NAVARRO MICHEL, Mónica, *op. cit.* Pág. 243.

¹²⁹⁷ *Cit. Supra.* Pág. 244.

profesional, se puede trasladar la responsabilidad a la compañía aseguradora del médico, sin mayor esfuerzo argumental.

Un claro ejemplo de lo expuesto es la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 19 de marzo de 2014¹²⁹⁸, que en su Fundamento de Derecho Sexto, y tras haber llegado a la conclusión de que una de las doctoras demandadas era responsable de los daños que padecía la víctima, dice literalmente:

"Establecida en numeral anterior la obligación de la Dra. Alicia -actualmente de su heredero - de responder frente a la actora de los daños y perjuicios sufridos como consecuencia de las intervenciones de autos, tal obligación se ha de extender a la aseguradora ZURICH en virtud de la póliza colectiva de responsabilidad de la que es tomador el Consell de Col·legis de Metges de Catalunya, siendo beneficiaria de la misma la Dra. Alicia".

También la Audiencia Provincial de Barcelona, en Sentencia de 11 de febrero de 2015¹²⁹⁹, consideró que *"la responsabilidad del facultativo demandado, y de su aseguradora, nace de una vulneración del deber de información con la extensión y contenidos aludidos"* (Fundamento de Derecho 4º). Así en el caso analizado, la perjudicada estaba demandando por los daños derivados de una intervención de aumento de pecho, a un tamaño tal que, aunque la intervención se llevó a cabo correctamente, de la misma se derivaron perjuicios físicos para la cliente. Se considera que el profesional debió haber informado a su cliente de forma conveniente y no utilizando formularios de consentimiento informado, que no contemplaban los riesgos específicos que existían en el caso concreto de la operación pretendida por la perjudicada. La Audiencia Provincial ratifica la sentencia de instancia, donde se considera que la negligencia médica estriba en el defecto de la información suficiente y condena al profesional y a su aseguradora.

En la obra de GALÁN CORTÉS, precisamente se dedica un epígrafe entero a realizarse consideraciones al respecto de la actuación de las aseguradoras en casos de negligencia médica derivada de inexistencia o insuficiencia del consentimiento informado, y señala el autor que, *"conscientes las aseguradoras de que la omisión o*

¹²⁹⁸ Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección Primera, de 19 de marzo de 2014. Ponente D. Antonio Ramón Recio Córdova. AC\2014\534.

¹²⁹⁹ Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección Decimoséptima, de 11 de febrero de 2015. Ponente Dª. María del Pilar Ledesma Ibáñez. AC\2015\701. Ya referida anteriormente (vid. Capítulo III, apartado 4.4.).

*deficiencia del consentimiento informado se erige en la actualidad como una de las principales causas de condena en los procesos de responsabilidad civil médica, con las consecuencias económicas que ello conlleva, algunas entidades de seguro intentan excluir de la cobertura de sus pólizas este riesgo de la actividad médica"*¹³⁰⁰. El autor señala acertadamente que este tipo de exclusiones son consideradas cláusulas limitativas de los derechos de los asegurados, por lo que, atendiendo a la literalidad del artículo 3 LCS, *se destacarán de modo especial y deberán ser específicamente aceptadas por escrito.*

8. El devengo de intereses

Una de las cuestiones que se vinculan a la indemnización de daños y perjuicios es la relativa al devengo de los intereses que surgirán tras la determinación de la cuantía¹³⁰¹.

El conflicto reside en que existen voces partidarias de entender que los mismos surgen desde la interposición de la demanda reclamando el *quantum* indemnizatorio, mientras que otras posturas y resoluciones judiciales defienden que el momento de inicio del devengo es desde la fecha de la sentencia condenatoria para el causante de los daños, por ser el momento en que la deuda pasa a ser líquida, por haberse concretado.

Viendo los tiempos tan dilatados que actualmente se manejan en nuestro ámbito judicial, la cuestión pasa a ser excepcionalmente relevante, pues no es para nada extraño que entre la interposición de la demanda y la sentencia pase - como poco - algo más de un año, en una única instancia. Tiempo que suma, y que altera mucho el importe de los intereses legales, dependiendo del momento en que se señale el "*dies a quo*" para los mismos.

La duda al respecto del inicio del devengo de intereses, proviene de la interpretación del aforismo "*in illiquidis non fit mora*", según el cual se consideró, tradicionalmente, que no podían devengarse intereses de daños no determinados o por

¹³⁰⁰ GALÁN CORTÉS, Julio César, *op. cit.* Pág. 850.

¹³⁰¹ Como acertadamente señala SELIGRAT GONZÁLEZ, una de las cuestiones más conflictivas relativas al devengo de intereses es "*la determinación de a partir de qué momento empiezan a devengarse intereses legales por la cantidad que se haya estipulado como indemnización*" (Vid. SELIGRAT GONZÁLEZ, Víctor Manuel, *op. cit.* Págs. 410 y 411).

determinar, o por ejemplo, cuando mediante sentencia, se disminuía el importe solicitado como indemnización en la demanda de responsabilidad civil.

En los años 90, el Tribunal Supremo, se posicionó a favor de considerar que el principio *"in illiquidis non fit mora"* no era incompatible con el hecho de que la indemnización hubiera sido disminuida en sentencia, con respecto a la cantidad solicitada en la demanda, lo que supone una defensa férrea de la postura que considera que el devengo de los intereses surge con la interposición de la demanda de daños y perjuicios. Ejemplo de ello aparece en la Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de febrero de 1996¹³⁰², que resuelve un supuesto de daños en accidente de circulación, en el que se vieron implicados un caballo y una motocicleta.

En la resolución el Sumo Tribunal expone claramente como el importe solicitado (algo más de veinte millones de pesetas) se vio un poco reducido en la sentencia de primera instancia y confirmado en la apelación, pero se condenó al demandado al pago de los intereses legales desde la fecha de interposición de la demanda, lo que constituyó uno de los motivos de casación para el condenado, pues entendía que al haberse disminuido el *quantum*, no era correcto que el devengo naciera con la interposición de la demanda, sino con la sentencia, pues ahí se había convertido en líquida, su deuda, al haberse concretado, todo ello, en aplicación del principio *"in illiquidis mora non contrahitur"*.

Sin embargo, el TS en su Fundamento de Derecho Tercero expone *"aparte de que sería manifiestamente injusto que una pequeña diferencia entre lo solicitado y lo concedido llevase a la pérdida de los intereses legales, el brocardo «in iliquidis mora non contrahitur» es incompatible con la naturaleza de la deuda nacida de la responsabilidad extracontractual, pues no es una deuda de suma, sino resarcitoria o compensatoria del daño experimentado, que trata de colocar al dañado en la misma situación que tenía antes de ocurrir el hecho lesivo, o, si no es posible, compensarle por esta imposibilidad"*.

Consideramos que esta postura, que se ha vinculado a las deudas surgidas de responsabilidad extracontractual, podría perfectamente ajustarse a las deudas surgidas

¹³⁰² Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 27 de febrero de 1996. Ponente D. Antonio Gullón Ballesteros. RJ\1996\1266.

de responsabilidad contractual, cuando la misma se refiere, como en los casos que a nosotros nos interesan, en daños personales derivados del contrato¹³⁰³.

Coincide con nuestra postura la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 21 de febrero de 2001¹³⁰⁴, que al resolver un caso de mala praxis médica, en la colocación de una prótesis dental de forma dañosa, señala, en su Fundamento de Derecho Quinto que, "*los hechos eran sobradamente conocidos por la demandada y, lo que es más importante, formaba parte ya del patrimonio de la perjudicada desde el momento en que tuvo lugar el daño, instante éste y no el de la sentencia, a partir del cual surge la obligación de indemnizar*" y en virtud de ello, pese a la rectificación que de la cuantía demandada se hizo en la sentencia, se considera oportuno mantener como fecha de devengo de intereses el momento de interposición de la demanda por parte del perjudicado.

En los últimos años, la pugna por el "*dies a quo*" en el devengo de los intereses se ha ido suavizando, en parte gracias a posturas del Tribunal Supremo, como la recogida en la Sentencia de 24 de julio de 2008¹³⁰⁵, que señala claramente que "*la regla in illiquidis non fit mora como excluyente del pago de intereses por el deudor cuando la cantidad reclamada por el acreedor en su demanda sea superior a la que se le reconozca en la sentencia judicial ha sido progresivamente abandonada por la jurisprudencia*" y llevándolo al caso concreto, donde las que recurrían eran aseguradoras, se entiende que conocían el daño y no habían intentado resarcirlo, por lo que el hecho de que la cantidad solicitada se hubiera visto disminuida en sentencia, no evitaba que el devengo surgiera en momentos anteriores a la sentencia, para algunos involucrados en el accidente en el momento de la interpelación judicial y para las aseguradoras desde la fecha del accidente.

Esta argumentación del Tribunal Supremo fue utilizada por la Audiencia Provincial de Barcelona, en Sentencia de 19 de marzo de 2014¹³⁰⁶, que resolvía sobre

¹³⁰³ Pues ya vimos como, en ese punto, las diferencias entre la responsabilidad contractual y la extracontractual prácticamente se centran en la existencia o inexistencia de contrato entre las partes que se han causado un daño.

¹³⁰⁴ Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección Primera, de 21 de febrero de 2001. Ponente D^a. María Dolores Portella Lluch. AC\2001\1776.

¹³⁰⁵ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 24 de julio de 2008. Ponente D. Francisco Marín Castán. RJ\2008\7252.

¹³⁰⁶ Ya analizada en el apartado 7º del presente Capítulo.

daños provocados en actos médicos de satisfacción con finalidad estética, concretamente en una intervención quirúrgica de aumento de mamas. La Audiencia Provincial condena al pago de los intereses desde la interpelación judicial aludiendo a la interpretación más reciente del principio *in illiquidis non fit mora*, que atiende al "*canon de razonabilidad en la oposición a la reclamación del actor para decidir la procedencia o no de condenar al pago de intereses y para la concreción del dies a quo del devengo*".

Consideramos un acierto que se esté imponiendo la idea de que la deuda surge desde que se ha generado el daño y que las discusiones al respecto de la cuantía de los intereses no impide que el momento de devengo de los intereses sea el de la interpelación judicial de la responsabilidad civil.

8.1. Los intereses de la entidad aseguradora

La Ley 50/1980 (Ley de Contrato de Seguro, o LCS) consigna en el artículo 20 los conocidos como *intereses moratorios de la aseguradora*, que desde que fueron consignados en la norma han sido muy conflictivos por la relevancia de su cuantía, que será el del interés legal del dinero incrementado en un cincuenta por ciento.

Estos intereses moratorios de la aseguradora intentan evitar la litigiosidad, y que éstas se hagan cargo de los daños ocasionados por sus asegurados a terceras personas, cuando menos, poniendo a disposición del perjudicado la cantidad necesaria para reparar el siniestro en el plazo de 3 meses desde la producción del mismo.

La regulación ha sido calificada como sancionadora para la aseguradora, pues parte de la doctrina entiende que estos intereses son desequilibrados¹³⁰⁷ y mezclan la mora con la compensación por los daños, a veces de forma poco clara. Sin embargo, la propia doctrina que es crítica con la figura de los intereses moratorios de la aseguradora, encuentra razones para justificar su existencia. Su objetivo de estos seguros es acabar

¹³⁰⁷ REGLERO CAMPOS, L. Fernando, "Capítulo IX. El Seguro de Responsabilidad Civil", en REGLERO CAMPOS, L. Fernando y BUSTO LAGO, José Manuel (coords.), *op. cit.* Tomo I. Págs. 1520 y siguientes.

con las prácticas dilatorias en las que, según REGLERO CAMPOS, *"incurrían con no poca frecuencia las entidades aseguradoras a la hora de pagar la indemnización"*¹³⁰⁸.

Parece evidente que todo lo relativo a estos intereses moratorios gira en torno a la reparación del perjudicado, y así es como lo señala la Sentencia del Tribunal Constitucional de 14 de enero de 1993¹³⁰⁹, que identifica los intereses moratorios de las aseguradoras con los siguientes principios:

"El precepto cuestionado (art. 20 LCS) establece simplemente un interés especial de demora y por tanto el riesgo de ver aumentada la indemnización si finalmente el asegurador es condenado, pero no ningún pago o anticipo previo que condicione el acceso a la jurisdicción ni tampoco el cumplimiento de un requisito formal de carácter procesal que actúe al efecto como presupuesto o carga.

(...) No impide por tanto aquel precepto formalmente el acceso al proceso ni actúa materialmente como obstáculo o carga previa que lo impida, sino sólo como una consecuencia gravosa de la resistencia o demora en indemnizar.

(...) Así, el efecto disuasorio que podría atribuirse al recargo no puede estimarse como desproporcionado con el fin, en favor de las víctimas del siniestro, de dificultar el retraso en el resarcimiento del daño sufrido." (Fundamento Derecho Segundo).

Además de señalar que los intereses moratorios de la aseguradora no son inconstitucionales, la Sentencia del TC del año 1993, señaló más motivos para su justificación. Se resumen en la estimulación de la diligencia de la aseguradora que protege al perjudicado y también como *"contrapartida del perjuicio que para aquél [el perjudicado] significan la necesidad de litigar y la demora"*¹³¹⁰, si es que es preciso llegar a litigio para obtener la reparación.

Así, visto lo anterior, siempre que un asegurador tarde más de tres meses en cumplir su prestación, desde la fecha de la producción del siniestro, incurrirá en mora, y deberá abonar los intereses del artículo 20 LCS. El periodo de tres meses, responde, en opinión de PALAU RAMÍREZ y CHOLVI ROIG, *"al deseo de que la determinación de*

¹³⁰⁸ *Cit. Supra*. Pág. 1521.

¹³⁰⁹ Sentencia del Tribunal Constitucional, Pleno, de 14 de enero de 1993. Ponente D. José Gabaldón López. RTC\1993\5.

¹³¹⁰ REGLERO CAMPOS, L. Fernando, *op. cit.* Pág. 1521.

la deuda del asegurador se efectúe de forma rápida, a fin de garantizar los derechos de cobro del asegurado"¹³¹¹ y entendemos que también los del perjudicado.

Por otra parte, el momento en que empieza el "*dies a quo*" en el caso de los intereses del artículo 20 LCS, es distinto al de los intereses legales que perjudican al causante del daño que, como vimos anteriormente¹³¹², eran desde la fecha de interposición de la demanda. En este caso, el momento en que surge la obligación para el asegurador es el momento de producción de siniestro.

La doctrina coincide en señalar que ese "*dies a quo*", podrá modificarse, si la aseguradora prueba que el momento de conocimiento del siniestro es posterior a su producción. En tal caso, el plazo de tres meses, tras el cual incurre en mora, será desde el momento en que le comunicaron el siniestro y, si incurre en mora, abonará los intereses del artículo 20 LCS también desde ese preciso instante.

En el caso de éstos intereses, el artículo 20 de la Ley de Contrato de Seguro, "*excluye expresamente la necesidad de liquidez de la deuda como requisito esencial para que comience el devengo de los intereses moratorios*"¹³¹³, así que no caben las dudas que vimos que existían al respecto del devengo de intereses no líquidos, en el caso de los intereses legales¹³¹⁴.

Por último, consideramos necesario hacernos eco de la opinión que ha manifestado la Audiencia Provincial de Barcelona en la ya referida Sentencia de 19 de marzo de 2014. En el Fundamento de Derecho Séptimo, tras haber determinado la responsabilidad de la doctora en el caso que se enjuiciaba (varias intervenciones de aumento de pecho), y tras condenar a la doctora demandada (a través de su heredero) al pago de un principal y de los intereses legales desde la fecha de interposición de la demanda, condena a la aseguradora de la doctora al pago de los intereses del artículo 20 LCS, desde la fecha de la primera intervención, que es el momento en el cual, según la Audiencia, se produjo el siniestro. Así, establece que, (en contra de la solicitud de la aseguradora):

¹³¹¹ PALAU RAMÍREZ, Felipe y CHOLVI ROIG, Francesc, "La mora en el contrato de seguro" en *Grandes Tratados. Tratado sobre la morosidad*. Editorial Aranzadi. 2012. Disponible online: ID Aranzadi: BIB\2012\8064.

¹³¹² *Vid.* Capítulo V, apartado 8.

¹³¹³ PALAU RAMÍREZ, Felipe y CHOLVI ROIG, Francesc, *op. cit.*

¹³¹⁴ *Vid.* Apartado 8 del presente Capítulo.

"(...) el proceso no es un óbice para imponer a la aseguradora los intereses a no ser que se aprecie una auténtica necesidad de acudir al litigio para resolver una situación de incertidumbre o duda racional en torno al nacimiento de la obligación misma de indemnizar, lo que como hemos visto no concurre en el caso de autos donde es clara la negligencia en la intervención de la Dra."

Este pronunciamiento es realmente interesante pues en los casos de responsabilidad sanitaria, siempre existe una enorme incertidumbre al respecto de la causa del daño y de la responsabilidad o no del profesional médico en el padecimiento de su paciente o cliente, y este tipo de resoluciones, impiden que la aseguradora se ampare en la duda para dilatar el nacimiento de los intereses.

9. La valoración de los daños en actos médicos de satisfacción en el ordenamiento jurídico francés e italiano

En el caso de Francia, igual que sucede con el caso español, hace ya muchos años que existe una norma que configura un sistema de valoración para el campo concreto de la responsabilidad civil derivada de accidentes de circulación.

Nos referimos a la *"Loi n° 85-677 du 5 juillet 1985 tendant à l'amélioration de la situation des victimes d'accidents de la circulation et à l'accélération des procédures d'indemnisation"*¹³¹⁵, que ha sido actualizada en muchas ocasiones, y que como su propio nombre indica, se configuró para crear unos criterios valorativos para los daños derivados de accidentes de circulación. Hasta aquí, observamos como la situación francesa es muy similar a la española. Pues en ambos casos, se han promulgado normas que ayudan a la valoración y cuantificación de los daños, pero su ámbito de actuación no sería el que en nuestro caso de estudio requeriríamos, pues fueron promulgados para que fuera posible realizar una valoración más rápida y homogénea de los daños y perjuicios ocasionados en accidentes de circulación.

¹³¹⁵ *Loi n° 85-677 du 5 juillet 1985 tendant à l'amélioration de la situation des victimes d'accidents de la circulation et à l'accélération des procédures d'indemnisation* - Ley núm. 85-677, de 5 de julio de 1985, para la mejora de la situación de las víctimas de accidentes de tráfico y la aceleración de los procedimientos de compensación. Actualizada en 2016. Disponible en:

<https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=LEGITEXT000006068902&dateTexte=20100114>

Sin embargo, debemos añadir que en el caso de Francia en el año 2005 fue publicada la conocida como "*Nomenclature Dintilhac*" (Nomenclatura Dintilhac)¹³¹⁶, que supone un cierto avance, pues establece un listado de *perjuicios corporales indemnizables*, (en realidad, de distintos conceptos indemnizatorios vinculados a los perjuicios corporales indemnizables), que deberán tenerse en consideración en cualquier caso en el que se produzca un daño corporal a alguien. El objetivo de esta nomenclatura es guiar a los profesionales de la compensación, haciendo una lista de conceptos y ofreciendo una definición de los mismos¹³¹⁷. La *Nomenclature Dintilhac* no se encuentra circunscrita a ningún ámbito concreto de responsabilidad civil, como sí sucede con la ley 85-677, que como hemos referido ofrece las pautas para la valoración de daños derivados de accidentes de circulación.

Además, nos parece relevante dejar constancia de que en la Nomenclatura Dintilhac no se ofrecen cifras para los conceptos indemnizables, sino que simplemente se refieren y definen, con el objetivo de que no existan discrepancias en la interpretación de los mismos.

Sin embargo, en palabras de la propia *Cour de Cassation*:

*"Une harmonisation des quantum d'indemnisation pour un même préjudice semble aussi nécessaire dans un même souci d'égalité entre l'ensemble des victimes de dommages corporels ; leurs préjudices pouvant être très diversement appréciés. Une telle harmonisation est cependant plus complexe à mettre en œuvre dans la mesure où elle ne doit pas porter atteinte à l'office du juge consistant à déterminer dans les différentes situations qui lui sont soumises l'étendue du préjudice effectivement subi par chaque victime afin d'en assurer une réparation intégrale. L'évaluation des préjudices ne peut donc reposer sur la seule application d'un barème ; les incidences économiques d'une même atteinte corporelle variant, à titre d'exemple, suivant l'activité exercée. L'élaboration d'« un référentiel indicatif national » permettant de réduire les écarts d'indemnisation fréquemment dénoncés avait été envisagée dans la mission confiée au groupe de travail présidé par Madame Lambert-Faivre et demeure toujours en projet"*¹³¹⁸.

¹³¹⁶ Que lleva por nombre el apellido del Sr. Jean Pierre Dintilhac, presidente de la Sala Segunda de la Cámara Civil de la Corte de Casación Francesa en el momento de publicarse esa nomenclatura.

¹³¹⁷ Tal y como puede consultarse en la web del Ministerio de Justicia de Francia, en la noticia del año 2005 que anunciaba la elaboración de la que se conoce como "*Nomenclature Dintilhac*". <http://www.justice.gouv.fr/publications-10047/rapports-thematiques-10049/elaboration-dune-nomenclature-des-prejudices-corporels-11945.html> (Consultada 29 de septiembre de 2016).

¹³¹⁸ COUR DE CASSATION "La Caractérisation des préjudices". Disponible en: https://www.courdecassation.fr/publications_26/rapport_annuel_36/rapport_2007_2640/etude_sante_264

Es especialmente significativo observar como para el máximo órgano judicial de nuestro país vecino, la evaluación de los daños corporales no puede descansar en un baremo, por riesgo a que se deje de observar la verdadera afectación del daño.

Como vemos, esta postura choca bastante con la realidad que se vive en nuestro ordenamiento jurídico, si bien es cierto que desde que comenzó a aflorar la idea de un baremo para valorar los daños (en el ámbito de accidentes de circulación) en los inicios de la década de los 90, se han oído voces que han señalado el riesgo de que la existencia de unas tablas para valorar los daños nos alejen del padecimiento real del individuo. Si bien, como hemos visto, en el caso español se impone el uso de esos baremos porque facilitan mucho la labor de valoración, aunque cuando los mismos se usan fuera del ámbito para el cual son obligatorios, como sería cuando se usan por ejemplo para valorar daños derivados de una actuación médica con finalidad estética, son meramente orientativos, y cabrá que se observe la necesidad de ajustarlos a la realidad del daño y de las circunstancias del perjudicado.

También es relevante observar que el listado de conceptos indemnizatorios, compilados en la *Nomenclature Dintilhac*, no es vinculante, pues no ha sido aprobado en ninguna norma legal, sino que es meramente consultivo, pero que al ser uno de los únicos instrumentos que existen para la valoración de los perjuicios, es constante la alusión a sus conceptos indemnizatorios.

Con su utilización se consigue que todos los interesados hablen de los mismos conceptos, pero no se resuelve, el conflicto por la cuantificación de esos conceptos, pues como dijimos anteriormente no existe ninguna cifra en las distintas categorías de perjuicio que aparecen en el texto. Por este motivo, es significativa la figura del

6/dommages_survenus_2650/reparation_dommages_2652/caracterisation_prejudices_11384.html

(Consultada el 29 de septiembre de 2016). Traducción propia: "Una armonización del *quantum* indemnizatorio para un mismo perjuicio parece también necesario en interés de la igualdad entre todas las víctimas de los daños corporales, sus perjuicios se pueden apreciar de muy diversas maneras. Esta armonización es más compleja de implementar en la medida en que no debe menoscabar la posibilidad del juez de determinar, en las diferentes situaciones que se le planteen, la magnitud de los perjuicios efectivamente padecidos por cada víctima con el fin de asegurar la reparación integral. La evaluación de los daños no se puede basar en la aplicación de un baremo, el impacto económico de una misma lesión corporal varía, por ejemplo según la actividad que se ejerza. El desarrollo de un "marco indicativo nacional" para reducir las brechas en las indemnizaciones, que ha sido frecuentemente denunciada, ha sido la labor confiada al grupo de trabajo dirigido por la Sra. Lambert-Faivre y aun está en desarrollo activo ese proyecto".

"*expertise médicale*"¹³¹⁹, que utilizará su experiencia y sus capacidad argumentativa para fijar un importe correspondiente a cada uno de los prejuicios que se considere que cabe que sean aplicados al caso concreto.

Como se observa, en definitiva podemos concluir señalando que la situación en Francia no es mucho más clara que la situación en España, si bien, por lo que hemos podido analizar, existe una distinción bastante relevante, en Francia no suele realizarse un uso por analogía del baremo de accidentes fijado por la "*Loi 85-677*", algo que hemos visto que sí que es una práctica ciertamente extendida en nuestro ordenamiento jurídico.

El caso de Italia es un poco más peculiar, dado que el artículo 2056 del *Codice Civile*, habla de la "*valutazione dei danni*"¹³²⁰, y de una forma muy genérica señala que "*Il risarcimento dovuto al danneggiato si deve determinare secondo le disposizioni degli artt. 1223, 1226 e 1227. Il lucro cessante è valutato dal giudice con equo apprezzamento delle circostanze del caso*"¹³²¹. Si observamos esos artículos señalados por el propio *Codice* vemos que el artículo 1226 señala que "*se il danno non può essere provato nel suo preciso ammontare, è liquidato dal giudice con valutazione equitativa (2056 e seguenti)*"¹³²². Es decir, que se señala la labor del juez como persona que deberá señalar la valoración definitiva de los daños, en caso de que exista un imposibilidad de cálculo concreto y exacto.

Para ese cálculo concreto y exacto, al menos en algunos ámbitos de la responsabilidad civil, Italia promulgó el "*Decreto Legislativo n° 209, 7 settembre 2005 - Codice Delle Assicurazioni Private*"¹³²³ que en su artículo 139 regula el sistema de valoración del daño en accidentes de circulación italiano. Y establece las reglas para la indemnización del *daño biológico*, que es el concepto jurídico que se configuró en Italia

¹³¹⁹ Traducción propia: "perito médico".

¹³²⁰ Traducción propia: "valoración de los daños".

¹³²¹ Traducción propia: "La indemnización debida al perjudicado debe determinarse según las disposiciones de los artículos 1223, 1226 y 1227. El lucro cesante será evaluado por el tribunal mediante la apreciación de las circunstancias del caso".

¹³²² Traducción propia: "Si el daño no puede ser probado en su cantidad exacta, será liquidado por el juez mediante una valoración equitativa (2056 y siguientes)".

¹³²³ *Decreto Legislativo n° 209, 7 settembre 2005 - Codice Delle Assicurazioni Private* - Decreto Legislativo n° 209, de 7 de septiembre de 2005 - Código de los Seguros Privados. Disponible en: http://www.gazzettaufficiale.it/atto/serie_generale/caricaDettaglioAtto/originario?atto.dataPubblicazioneGazzetta=2005-10-13&atto.codiceRedazionale=005G0233&elenco30giorni=false (Consultada 29 de septiembre de 2016).

para vincular el daño corporal y el daño moral. Pero como decimos dentro del ámbito de accidentes de circulación.

Paralelamente, y de forma ciertamente similar a como ha sucedido en Francia, el Tribunal de Milán elaboró un documento que se conoce como "*Le Tabelle Milanesi*"¹³²⁴, que servía como instrumento de valoración del daño y que se han ido actualizando y, a la vez, se ha ido extendiendo su uso a lo largo de toda Italia.

Los baremos de Milán (o la Tabla de Milán) no son un instrumento normativo, sino una herramienta interpretativa o de auxilio para los profesionales que deban llevar a cabo la valoración de los daños no patrimoniales, y pretenden dar a los magistrados un criterio, para realizar aquella interpretación de equidad a la que el *Codice Italiano* hace alusión, como hemos visto, en el artículo 1226.

Existen resoluciones recientes de la *Corte di Cassazione* que defienden la aplicabilidad de la *Tabelle Milanese* siempre en conjunción con la equidad que debe guiar la actuación del profesional.

A modo de ejemplo, señalamos la reciente *Sentenze de la Corte de Cassazione n° 2167/2016*¹³²⁵, que aboga por el respeto a cualquiera que sea el criterio seleccionado por el Juez para la valoración en equidad de los daños no patrimoniales, siempre que exista una motivación de la decisión. Es decir, que respeta la utilización de las tablas de uso extendido, pero también señala que:

"fondamentale è che, qualunque sia il sistema di quantificazione prescelto, esso si prospetti idoneo a consentire di pervenire ad una valutazione informata ad equità, e che il giudice dia adeguatamente conto in motivazione del processo logico al riguardo seguito, indicando i criteri assunti a base del procedimento valutativo adottato (...), al fine di consentire il controllo di relativa logicità, coerenza e congruità"¹³²⁶.

¹³²⁴ Que pueden consultarse (en su versión de 2014) en el siguiente enlace:

http://www.dirittoegiustizia.it/allegati/PP_RCA_tabelle_s.pdf (Consultado 29 de septiembre de 2016).

¹³²⁵ *Sentenza de la Corte di Casazione, Civile Sezione 3. Núm. 2167 del 04/02/2016. Relatore Luigi Alessandro Scarano.* (Sentencia de la Corte de Casación, Sala Civil, Sección 3ª. Núm. 2167, de 4 de marzo de 2016. Ponente D. Luigi Alessandro Scarano). Disponible en: <http://www.italgiure.giustizia.it/xway/application/nif/clean/hc.dll?verbo=attach&db=snciv&id=../20160205/snciv@s30@a2016@n02167@tS.clean.pdf> (Consultada 29 de septiembre de 2016).

¹³²⁶ Traducción propia: "es fundamental que, cualquiera que sea el método de cuantificación o valoración seleccionado, el mismo sea capaz de permitir que se alcance una valoración informada de equidad, y que el juez de una adecuada motivación del proceso lógico seguido a este respecto, indicando los criterios adoptados como base del procedimiento valorativo adoptado (...), con el fin de permitir el control de la

Así, observamos como Italia, del mismo modo que Francia y España, permiten la selección motivada de unas reglas distintas de valoración, y también del uso de unas pautas que no son vinculantes, pero están ampliamente extendidas, y que facilitan la labor de la valoración de los daños, pero comportan riesgos de excesiva homogeneización de las realidades individuales que deben salir a reducir en cada caso concreto.

CONCLUSIONES Y PROPUESTAS

a) Conclusiones

Primera.- *Los actos médicos de satisfacción con finalidad estética merecen un estudio pormenorizado y una mejora de la regulación que les afecta.*

Entendemos por *actos médicos de satisfacción con finalidad estética* todo acto médico *voluntario y de ámbito privado* al que se somete un *cliente* para modificar aspectos físicos de su anatomía, con el objetivo de embellecerse. Son actos médicos que no pueden considerarse vitales para la salud, con un claro *objetivo o fin*, que se contrata libremente por un cliente, que tiene un especial interés personal que busca satisfacer mediante la intervención médica, sea quirúrgica o no.

Además de actos médicos de satisfacción con finalidad estética, existen otros actos médicos de satisfacción, sin esa finalidad estética (como las prácticas de reproducción asistida), que no siempre se encuentran excluidos de la cartera de servicios financiados por el Sistema Nacional de Salud, a diferencia de los que tienen esa finalidad estética, que siempre son de ámbito privado.

Los actos médicos de satisfacción no son algo insignificante, sino todo lo contrario, son actuaciones cada vez más frecuentes, y muy comunes en nuestro país. Prácticas objeto de una enorme litigiosidad, por lo que es necesario valorar la relevancia jurídica de estos actos médicos y conocer más y mejor el marco jurídico que los engloba. Resulta necesario tener en consideración que existen, según se defiende en la presente tesis, dos tipos de actos médicos de satisfacción, los que tienen finalidad estética y los que no la tienen. Nuestro estudio se ha centrado en los primeros, que son siempre de ámbito privado y, por lo tanto, vinculados al Derecho Civil.

En los actos médicos de satisfacción con finalidad estética encontramos dos partes que contratan: un médico y un cliente.

Resulta a nuestro parecer innegable, como ha quedado demostrado, tanto por el estudio de la doctrina como por el estudio de la jurisprudencia, que el sujeto que acude a un profesional médico para contratar una intervención sin finalidad curativa, sino con finalidad únicamente estética, es un cliente, usuario o consumidor que contrata los

servicios que considera oportunos para modificar su aspecto y con el objetivo de mejorarlo.

Hablamos de clientes, pues son personas que no necesitan asistencia sanitaria, sino que compran servicios profesionales de médicos con el objetivo de alterar o modificar su apariencia física. Hemos observado como existe en la doctrina y en la jurisprudencia cierta reticencia a referirse a los adquirentes de este tipo de actuaciones médicas con el término cliente o consumidor, y se sigue hablando de ellos como *pacientes*. Consideramos que el estudio de la figura del cliente que se ha realizado en el Capítulo I, es suficiente para demostrar que es incorrecta, o cuando menos, poco precisa la terminología tradicional utilizada. Un paciente es una persona que *padece física y corporalmente*, y ello no sería el caso de los adquirentes de actos médicos de satisfacción con finalidad estética, e incluso, en muchos casos de actos médicos de satisfacción sin esa finalidad estética, tampoco nos encontramos frente a pacientes, sino frente a clientes o usuarios de intervenciones médicas.

También se ha intentado evitar la aplicación del régimen de protección de consumidores y usuarios a los servicios médicos privados, y más concretamente a los actos médicos de satisfacción. Pero consideramos que las reticencias deben superarse y, además, hemos podido señalar ejemplos como la Sentencia de la Audiencia Provincial de Navarra, de 30 de junio de 2014, en la que se considera plenamente aplicable el régimen de protección de los consumidores a un caso de reclamación de responsabilidad civil por depilación laser estética, realizada por un profesional médico.

Por otra parte, el profesional que forma la otra parte del binomio debe ser un médico, incluso cuando no sea un acto quirúrgico, y esto supone uno de los mayores problemas analizados en el Primer Capítulo de la presente investigación, pues en la actualidad, no existe en España una especialización de medicina estética. Únicamente existe la especialización de cirugía plástica, reparadora y estética, lo que hace que cualquier acto médico de satisfacción que no precise de una intervención quirúrgica, pase a situarse en una especie de limbo, que lo único que hace es generar inseguridad a los consumidores.

Existen posiciones enfrentadas entre grupos de especialistas médicos, para repartirse los actos médicos de satisfacción con finalidad estética que no requieran cirugía. Los dermatólogos defienden que esa rama de la medicina les pertenece, por

cuanto la mayoría de tratamientos médico-estéticos no quirúrgicos se aplican en la piel, que es la zona de su especialidad, mientras que los cirujanos plásticos, estéticos y reparadores consideran que todas las intervenciones médicas con finalidad estética deben entenderse como propias de su especialización. Sin embargo, a nivel legal, la falta de regulación hace que en la práctica sea un campo abierto a todos los profesionales médicos, con o sin especialidad, lo que puede conllevar peligros para el consumidor por la existencia de lo que denominamos *intrusismo laboral impropio*, que no supone la comisión de una infracción penal, - a diferencia del intrusismo propio -, pero que sin duda puede generar confusión en los consumidores.

La confusión reside en que los profesionales y las clínicas se identifican y ofrecen sus servicios como *especialistas en medicina estética*, algo que es simplemente imposible.

Para solventar esta situación se requiere, en nuestra opinión, la creación de la especialización de *medicina estética* dentro de las especializaciones del sistema nacional MIR (o forma equivalente en el futuro de obtener la especialización). Mientras esto no suceda, el camino del *intrusismo profesional* y de la confusión del cliente seguirá siendo fácilmente transitable. Y además se seguirá fomentando un clima de oscurantismo al respecto de la medicina estética que, es cada vez menos quirúrgica y más técnica, aumentando día tras día el número de intervenciones no quirúrgicas que un médico puede realizar para embellecer a sus clientes.

Hemos visto como a nivel europeo existe una mínima armonización al respecto de las profesiones y, en el campo de las profesiones médicas, la Directiva 2005/36/CE, establece los requisitos de la especialidad de "*cirugía plástica, reparadora y estética*". Sin embargo también hemos podido observar como esa armonización es todavía muy escueta, pues hay países, como Italia, donde ni tan solo se habla de cirujanos estéticos, sino meramente de cirujanos plásticos, por lo que ni siquiera se habla de estética en la especialización para la práctica de intervenciones quirúrgicas con objetivos no reparadores. Al respecto de la falta de especialización en *medicina estética no quirúrgica*, tanto en Francia como en Italia, existe el mismo vacío legal que en España.

A nivel europeo, se está consagrando la situación en la que el consumidor podría sentirse falsamente seguro de estar siendo tratado por un profesional capacitado y

especialista, cuando en realidad, en atención a la magnitud de su acto contratado, no se precisaría ninguna especialización.

Por último, además de señalar las carencias que hemos observado vinculadas a la regulación de la profesión de médico-estético, debemos insistir en la propia relevancia de los actos médicos de satisfacción (con o sin finalidad estética) y defender la necesidad de que los mismos sean analizados de forma más independiente y no como contraposición a la medicina que cura, pues aunque es cierto que quizá no representan las actuaciones más frecuentes o más complejas de la ciencia médica, es innegable que tienen un gran peso médico y jurídico.

Segunda.- *El consentimiento informado es una figura jurídica muy relevante en los actos médicos de satisfacción con finalidad estética, pero no más que en cualquier otro acto médico.*

Desde la celebración del Convenio de Oviedo de 1997, que posteriormente fue ratificado por los distintos países de nuestro entorno y por España (en el año 2000), se ha ido produciendo un marcado giro hacia la autodeterminación de las personas ante cualquier acto que afecte a su salud. Fruto de esta primacía de la autodeterminación, el consentimiento informado ha ido ganando protagonismo.

La ley 41/2002 adoptó para España las previsiones del Convenio de Oviedo, concretándolas y haciendo que la autodeterminación pasase a ser eje central y el consentimiento informado el gran protagonista. La autodeterminación permite rechazar tratamientos curativos, incluso cuando éstos sean la única respuesta terapéutica conocida para la enfermedad que se padece. La Ley española de autonomía de la voluntad de los pacientes, no hace mención alguna a la existencia de distintos niveles de protección en atención a las características concretas del acto y mucho menos en atención a la voluntariedad o necesidad del mismo, sino que señala, en su artículo segundo, que cualquier actuación en el ámbito de la sanidad requiere el previo consentimiento de los pacientes o usuarios, y que el consentimiento debe obtenerse después de que el paciente reciba una información adecuada.

Nuestra consideración al respecto de las normas contenidas en la Ley 41/2002 es que resultan aplicables a cualquier intervención que realice un médico, y además, que

no generan distinciones entre intervenciones, sino que únicamente prevén situaciones especiales donde, bien atendiendo a las peculiaridades del paciente o cliente (incapacidad, minoría de edad,...), o bien atendiendo a las particularidades de la situación concreta (urgencia vital, seguridad y orden público,...), se puede recoger el consentimiento informado de formas distintas o por representación o, incluso, llegar a intervenir sin él.

Pese a lo expuesto, aun existe en nuestro país doctrina y jurisprudencia que consideran que el consentimiento informado en los actos médicos de satisfacción está agravado, por cuanto deberá incluir información sobre todos los aspectos, incluso sobre los riesgos más remotos que se deriven de las intervenciones que se adquieran sin que exista una necesidad sanitaria o asistencial propiamente dicha. Consideramos que esta tendencia doctrinal que todavía dura y que llega a nuestros días es fruto de la interpretación extensiva de la literalidad de varias resoluciones jurisprudenciales, especialmente del Tribunal Supremo, de finales de los años 90 y de los primeros años del siglo XXI. Resoluciones que resolvían situaciones de actuación médica dañina o no ajustada a la *lex artis*, utilizando las previsiones de la antigua Ley General de Sanidad, que en lo referente al consentimiento informado, se encuentra ya desfasada desde la aprobación de la Ley 41/2002. También debemos tener en consideración que en muchas resoluciones judiciales, por razón de justicia material, se han concedido indemnizaciones a los perjudicados con el argumento de una insuficiencia en el consentimiento informado, o en la información, lo que ha ido haciendo que la información exigida sea cada vez más concreta.

Estas resoluciones que consideran que en la medicina de satisfacción el médico está más obligado por el consentimiento informado o, cuando menos, está obligado a informar más - porque debe informar incluso de hasta los riesgos más imprevisibles -, no encuentran amparo en la Ley 41/2002, pues su literalidad parece no apostar por distintos grados de información, especialmente cuando señala en su artículo cuarto que los pacientes tienen derecho a conocer, en cualquier actuación, toda la información sobre ella. La Ley no hace distinciones relativas al tipo de intervención y consideramos que la idea de que en los casos de intervenciones no voluntarias la misma es más extensa, está confundiendo una práctica habitual de los Tribunales en España (consideramos que motivada por razones de justicia material) con un requisito legal.

Es cierto que, en la práctica, especialmente cuando el objetivo de cualquier intervención es el *mero embellecimiento* de la persona, el profesional médico ofrece más información a su cliente que en el día a día de la actividad asistencial. Eso no se debe a que exista una obligación legal de mayor información, sino a que los profesionales de ámbito privado, dedican más tiempo a la información como práctica de la llamada *medicina defensiva*, con el objetivo de evitar futuras reclamaciones basadas en el desconocimiento de los riesgos que se cometían. Así, el profesional que no informa correctamente al paciente, en base a los mínimos que se contienen en el artículo 10 de la Ley 41/2002, corre riesgo de demanda en caso de que los mismos se produzcan, pero no solo cuando se trabaja en el ámbito estético o satisfactivo sin finalidad estética, sino que también dentro del ámbito asistencial. El profesional debe hablar con los pacientes al respecto de todas las circunstancias que envuelven a la situación médica. Algo que si no se hace de forma concienzuda, se justificaría por el volumen de carga de los profesionales de la sanidad pública, por los tiempos que se manejan y porque, ante casos de enfermedad, las personas - incluso las que nos dedicamos precisamente al estudio de estas figuras jurídicas - rebajamos el nivel de exigencia, en cuanto a la información requerida, pues en el horizonte tenemos la perspectiva de la lucha contra la enfermedad, algo que altera sustancialmente al sujeto que debe tomar decisiones y que, evidentemente, no está presente cuando la intervención es meramente estética.

Es decir, no es la norma la que rebaja las exigencias o las aumenta en atención al acto médico que se esté llevando a cabo, sino que son las personas implicadas en las intervenciones médicas, de ambas partes, las que aumentan o reducen las exigencias en materia de información.

Sea como fuere, el paciente de la sanidad (pública o privada) que está enfermo y que precisa de una intervención médica del tipo que sea, incluso cuando la misma conlleve "*simplemente*" la prescripción de un tratamiento farmacológico de uso ambulatorio, tiene derecho a recibir toda la información y a preguntar todo lo que considere oportuno. El profesional deberá obtener su consentimiento informado para poder proceder en este sentido. Algo que en la práctica, cuando un médico de atención primaria nos receta un antibiótico para sanar una infección o unas anginas, no sucede, o sucede de una forma tácita y en la que, en realidad, la información difícilmente sería

equiparable a la que se recibe cuando la actuación médica es más compleja, o la medicación es más inestable o la situación requiere de intervenciones quirúrgicas.

Así, nosotros le damos la vuelta a la tesis que defienden algunos sectores doctrinales y no consideramos que se deba informar más cuando el acto médico sea voluntario, sino que se está informando menos cuando el acto es de sanación.

Consideramos que debemos adquirir, como sociedad, el hábito de cuestionar, de preguntar, de informarnos y de reclamar información a los profesionales sanitarios. Ante preguntas concretas, los profesionales que observan un paciente o cliente interesado en conocer la realidad de su situación, dedican el tiempo necesario a la información, siempre con el objetivo de tranquilizar a la persona que va a ser tratada y de permitir que decida libre e informadamente, que es, precisamente, el objetivo de la normativa: que las personas estén informadas y tras estarlo, decidan si quieren o no actuar o hasta qué punto quieren hacerlo. Pues la plena información es la única posibilidad de que la autodeterminación que promueven las normas sea auténtica y se materialice.

Una de las únicas excepciones normativas a la idea de que el consentimiento informado es igual con independencia de los actos a que se refiera, la hemos encontrado al analizar la normativa autonómica, en el Decreto de Andalucía nº 49/2009, de 3 de marzo, al regularse la protección de las personas menores de edad que se someten a intervenciones de cirugía estética en Andalucía y que crea el Registro de datos sobre intervenciones de cirugía estética realizadas.

La norma andaluza dedica su regulación a los menores que quieran realizarse una intervención de cirugía estética. El menor es valorado mediante un informe o examen psicológico previo a la intervención estética. Este hecho no afecta a la información ni al consentimiento informado, que están previstos en la norma autonómica, sino que se introduce un elemento de valoración del menor nuevo que ayuda al profesional a considerar el grado de madurez del mismo, para evitar que la intervención se realice a personas que no sean suficientemente maduras para entender el alcance de las operaciones.

Si en el caso, se determina la madurez del menor y se obtiene el consentimiento del mismo o por representación del mismo de sus progenitores o representantes, el

consentimiento será igual a lo que sería en cualquier otra intervención de ámbito médico y la información necesaria para que se dé deberá ser completa, clara y comprensible. Por lo que claramente se trata simplemente de un requisito previo al propio consentimiento informado. Es decir, tampoco existe una previsión especial respecto a consentimiento informado y menores en actos médicos de satisfacción con finalidad estética, sino que en Andalucía existe un requisito específico previo.

Tercera.- *El contrato de obra y el contrato de servicio, tal y como se encuentran regulados en el Código Civil, no se ajustan a la realidad contractual de los actos médicos de satisfacción y debería superarse la discusión doctrinal y jurisprudencial sobre la dicotomía obligación de medios vs. obligación de resultados.*

Como hemos observado, la cuestión contractual vinculada a los actos médicos de satisfacción con finalidad estética es particularmente compleja, por varios motivos.

En primer lugar, el Código Civil está en muchos aspectos desconectado de la actualidad, y los contratos típicos que se recogen en el mismo, son estructuras que por lo arcaico de sus previsiones, se asimilan cada vez menos a la realidad jurídica y social de nuestro país. Es evidente que una norma del siglo XIX, es difícilmente aplicable a las realidades del siglo XXI. Sin embargo, se realizan verdaderos esfuerzos interpretativos, con el fin de subsumir los negocios jurídicos actuales en las figuras contractuales típicas del CC, en parte, por la seguridad jurídica que estos regímenes del ordenamiento civil otorgan a las partes, en caso de discusión al respecto de la interpretación de los contratos.

En segundo lugar, en el caso concreto de los actos médicos de satisfacción con finalidad estética, las partes contractuales celebran un contrato que, evidentemente, tiene un claro fin, que se manifestará siempre con la prosecución de un resultado. Además, ese contrato tiene elementos que, no suponen conflicto para la doctrina: es un contrato *intuitu personae* porque las habilidades del profesional son el motivo para su selección, es un contrato oneroso, consensual y sinalagmático. Aunque el afloramiento de centros de medicina estética puede haber mermado un poco la primera característica (contrato personalísimo), lo cierto es que la selección del profesional debería ser una realidad en todos estos actos médicos, pues la intervención médica - sea del tipo que sea

- se produce en el propio organismo y el respeto a la integridad física pasa porque el cliente (o el paciente) haya seleccionado al profesional y acepte que le intervenga.

En nuestra opinión, el *animus contraendi* debe ser un elemento de mayor peso en el análisis de estos contratos. El artículo 1255 CC, referido al principio de autonomía de la libertad de las partes, debe servir de guía para observar qué se contrató. Cuando se analiza el contrato (por regla general, tras la aparición de los daños) no se puede omitir esta autonomía de la voluntad y libertad de pacto y el *animus* que motivó a las partes a su celebración.

No se debe obviar la intención evidente de las partes en el contrato, para poder subsumir el negocio en un contrato de obra o en un contrato de servicios, algo que, consideramos es un error de apreciación normativa. Más cuando, la normativa se ajusta tan poco a la realidad que nos resulta contemporánea que prácticamente podríamos definir la pugna doctrinal como una *fictio iuris*, tanto entre los que pretenden que el contrato que se celebra se ajusta a lo que era un contrato de arrendamiento de servicios, como entre los que creen que se adapta al contrato de arrendamiento de obra.

La superación del conflicto doctrinal al respecto de si la medicina que no cura, sea o no quirúrgica y tenga o no finalidad estética, se contrata en forma de arrendamiento de obra o de arrendamiento de servicios, se materializaría si se realizase un análisis correcto de los principios más fundamentales del Código Civil.

Consideramos que el análisis acertado debe comenzar por el propio artículo 1255 CC, y continuar por el principio de integración de los contratos, del artículo 1258 CC, según el cual, los contratos obligan también al cumplimiento de todo aquello que sea conforme a la buena fe, a los usos y a las leyes.

En virtud de este principio de integración, podría cuestionarse si los actos médicos de satisfacción con finalidad estética se podrían englobar en los contratos de obra, o si son contratos atípicos. Pues no cabe la posibilidad de que sean contratos donde el profesional médico se obligue únicamente a los medios, pues si fuera así, no serían unos contratos tan frecuentes.

Así, nuestra apuesta personal es la que se olvida de la dicotomía y de la discusión doctrinal y jurisprudencial, y se decide a oír a las partes, considerando que, deberá realizarse un análisis caso por caso de los contratos. Fruto de ese análisis

casuístico será posible encontrar algunos que se incluyan en el contrato de prestación de servicios - por desgracia para el cliente -, y otros que pudieran englobarse en el contrato de obra (los menos), pero en su mayoría, serán contratos atípicos, que mezclarán aspectos de ambos contratos.

Consideramos errónea la postura jurisprudencial que defiende la imposibilidad de que los profesionales liberales de la medicina estética se vinculen contractualmente a garantizar unos resultados. Esta corriente jurisprudencial omite la práctica habitual del comercio, e incluso puede suponer una limitación a la libertad contractual.

Es evidente que hay resultados que no deberían prometerse, o que son ciertamente difíciles de lograr, pero ello no obsta para que, el profesional sea libre de vincularse a ellos. Llegado el caso, el tribunal no debería anular u omitir ese aspecto contractual, por ninguna razón y menos, si cabe, por el hecho de que se interviene siempre sobre un cuerpo humano y existe un gran componente aleatorio. El profesional médico sabe que interviene sobre un cuerpo humano, y debería ser más rotundo al respecto de sus propias capacidades y de las posibilidades de obtención o no del resultado.

Si se entiende que en ningún caso es posible que se haya prometido un resultado (ni siquiera tácitamente), se exonera a unos profesionales que no han cumplido lo pactado, aludiendo a que "no se puede prometer un resultado" sin tomar en consideración el hecho de que ese resultado fue el objeto contractual y ya se había garantizado. Esto hace que en la práctica, se tenga por cláusula no puesta precisamente la que motivó al cliente a contratar.

Gracias a esta corriente jurisprudencial el profesional tiene una excusa doble, para no ser sincero en la negociación de los términos del contrato y para no esforzarse en la obtención de la finalidad, que es la causa por la que tiene un cliente que le paga una intervención médica.

A mayor abundamiento, en sede de consentimiento contractual el Código Civil recoge, en el artículo 1281 que debe prevalecer la intención evidente de los contratantes en caso de duda sobre las cláusulas contractuales, aspecto que nos parece que debería ponerse en valor en el caso de los contratos de actos médicos de satisfacción con finalidad estética. Consideramos que la intención del cliente en este tipo de negocio es

más que evidente y puede que las palabras, no lo sean tanto, visto que en el momento en el que vivimos, la celebración de contratos se está convirtiendo en un fenómeno de constante adhesión, algo que consideramos que perjudica evidentemente a la riqueza del propio contrato y además, merma las posibilidades de negociación de las partes.

Cuarta.- *Fruto de los cambios de parecer jurisprudenciales y doctrinales, es cada vez más complejo que se considere la existencia de una obligación de resultado en los casos de actos médicos de satisfacción con finalidad estética.*

La Jurisprudencia española, especialmente la del Tribunal Supremo de los últimos diez años aproximadamente, cada vez se aleja más de la idea de que un profesional médico de ámbito privado pueda obligarse a obtener unos ciertos resultados cuando actúa en el cuerpo de su paciente. Principalmente por el éxito de las posturas que defienden la existencia de un gran nivel de aleatoriedad en todas las actuaciones que rodean el cuerpo humano.

Esta posición jurisprudencial se ha ido asentando apoyándose en la idea de que solo puede garantizarse un concreto resultado por parte del profesional médico, cuando expresamente se haya realizado una promesa del mismo y pueda probarse que ha existido esa promesa explícita. Se entiende que siempre que se actúa en una persona, existe un cierto nivel de aleatoriedad que escapa de la esfera de control del profesional médico y, en virtud del mismo, no es posible que se garantice la realización de un cierto resultado, por cuanto la incertidumbre se puede interponer en la obtención del mismo. Esto hace que los profesionales (según esa corriente de pensamiento) no puedan obligarse a la obtención de un cierto resultado.

Es evidente que no estamos de acuerdo con esta afirmación. Es indiscutible que en cualquier ámbito de la vida, (no solo en las actuaciones médicas), existe un cierto nivel de aleatoriedad. Y por descontado, esa aleatoriedad también se puede manifestar en las intervenciones que se producen sobre el cuerpo humano, pero entendemos que, contrariamente a lo que defiende el Tribunal Supremo, el profesional es el primero que sabe de la existencia de un cierto grado de aleatoriedad y si pese a ello, garantiza la prosecución de ciertos resultados a sus futuros clientes, con el fin de convencerlos para la realización de las prácticas médicas que, de no estar *garantizadas*, al menos de

palabra, quizás no serían concertadas. Es el profesional quien debe pechar con las consecuencias que puedan vincularse a la no obtención del resultado.

Desde nuestro punto de vista, la idea de una promesa de resultado no es lo erróneo de la postura del Tribunal Supremo de los últimos años, sino que lo erróneo es exigir que esa promesa de resultado sea expresa y que sea el cliente el que pruebe que el profesional le garantizó ese resultado. Los profesionales actualmente saben que, si no dejan rastro, pueden convencer a sus clientes (que ciertamente no tienen porqué ser expertos en responsabilidad sanitaria) de que van a conseguir aquel objetivo que persiguen con esa técnica médica contratada y, posteriormente si no es así, el cliente se hallará en la tesitura de no saber cómo probar que esa promesa de resultado existió, y que en su virtud se contrató, pues parecía que el profesional ofrecía ciertas garantías.

Consideramos que en la propia oferta de la intervención contratada suele estar latente la promesa de resultado, además de que el resultado es la finalidad que mueve a la contratación del concreto acto médico al cliente. En nuestra opinión, el objeto del contrato es la obtención del resultado que se pretende. Esto queda probado cuando se observa la enorme cantidad de intervenciones que anualmente se celebran.

Muchas menos personas celebrarían intervenciones de este tipo si fuera por todos conocidos que la vinculación del médico es siempre y exclusivamente de medios, igual que tampoco se celebrarían muchas intervenciones voluntarias si el profesional fuera claro en sus informaciones al respecto de "actuar con todos los medios a su alcance". Si se nos permite la muy visible comparación: nadie llevaría el coche al taller si los expertos en mecánica solo se comprometieran a *intentar arreglarlo*.

Retomando la cuestión de la aleatoriedad, que no negamos que exista en ningún caso, consideramos que pese a la misma, si un profesional considera oportuno comprometerse contractualmente a lograr un resultado (sea de forma expresa o tácita, sea por escrito o sea verbalmente), el compromiso deberá posicionarse en un lugar prevalente sobre la aleatoriedad, que pasará a ser irrelevante en la valoración del resultado. No pudiendo justificarse la insuficiencia o inexactitud del resultado, en base a esa cierta aleatoriedad que es innegable. Pues si la *depilación laser "definitiva"* (o que se anuncia como tal), pasa a no serlo, qué sucede con el perjudicado que ha invertido en ella.

Debemos alertar sobre el preocupante hecho de que solo observamos la alusión a la aleatoriedad en los casos de actuaciones médicas de satisfacción, especialmente en aquellas que tienen finalidad estética, algo que nos resulta extraño, pues estas posturas tan proteccionistas que benefician a los profesionales médicos, se dan en un mundo en el que cada vez es más frecuente que surjan regímenes de responsabilidad objetiva vinculada a sectores concretos, como la defensa de los consumidores o el régimen de responsabilidad de productos defectuosos. Regímenes en los que no solo no se hace demasiada alusión a la aleatoriedad, sino que incluso se prescinde de la prueba de la culpa.

Quinta.- *La responsabilidad civil que puede derivarse de los casos de actos médicos de satisfacción con finalidad estética es responsabilidad civil contractual. La responsabilidad en materia de actos médicos de satisfacción no es de tipo objetivo.*

Visto que los actos médicos de satisfacción con finalidad estética escapan de la medicina curativa, y jamás son actos médicos de *urgencia vital*, y sentado además, que siempre son actuaciones de ámbito privado, contratadas entre el sujeto que pretende la intervención y un profesional o centro médico especializado (o que debería serlo), no cabe duda de la aplicación de la responsabilidad civil contractual, si del contrato se derivan daños para alguna de las partes. Esta responsabilidad se encuentra regulada en los artículos 1101 siguientes y concordantes del Código Civil.

Sabemos que en España, tradicionalmente, se ha realizado un uso extensivo de la responsabilidad civil extracontractual, regulada en los artículos 1902 siguientes y concordantes del Código Civil. Especialmente porque doctrinal y jurisprudencialmente se ha considerado durante mucho tiempo que hay ciertos daños, (como por ejemplo el daño moral) que no tienen cabida dentro de la responsabilidad civil contractual o derivada de incumplimiento contractual. Consideramos que esta argumentación está, afortunadamente, en vías de ser superada.

Para que así sea, es fundamental realizar una interpretación correcta de los principios generales del Derecho de obligaciones y contratos, recogidos en el Código Civil y, muy especialmente del artículo 1258 CC. Es cierto que el Código establece preceptos que hablan de la posibilidad de que la responsabilidad civil contractual se vea

graduada en atención a la existencia de culpa o de dolo en el deudor incumplidor contractual, pero consideramos que ello no puede considerarse motivo suficiente para que, sin demasiada puridad jurídica, se abandone este régimen de responsabilidad y se acuda al de responsabilidad civil extracontractual, por considerarlo más beneficioso. Al existir vinculación contractual se deberá acudir a la responsabilidad civil contractual.

Debemos señalar que, los dos regímenes de responsabilidad civil que conviven en el Código comparten los elementos esenciales, por lo que deberemos ceñirnos a uno u a otro en atención a la situación que pretendemos solventar. O mejor, en atención a las particularidades que justifican que se aplique uno u otro régimen.

En el caso concreto de los actos médicos de satisfacción con finalidad estética, no cabe duda alguna al respecto de la vía que debe escogerse, pues los daños que se pretenden reclamar surgen *precisamente* porque las partes se vincularon contractualmente para la realización de una praxis médica.

Ello por cuanto, los daños en el más amplio sentido que se deriven de una relación contractual, deberán ser considerados contractuales. En nuestra humilde opinión, movimientos jurisprudenciales o doctrinales tales como la "*responsabilidad extracontractual derivada de contrato*" o la "*rigurosa órbita del contrato*" deberían no considerarse, cuando los daños que se están enjuiciando se derivan de una relación contractual y se han producido en el cumplimiento o por el incumplimiento o, incluso cuando las obligaciones principales se han cumplido correctamente, pero ha existido algún daño, como la revelación de secretos, o de datos de salud, que deben ser especialmente protegidos, y que son conocidos precisamente por la previa existencia de un contrato, por lo que indudablemente se debe desistir de la idea de actuar en vía extracontractual.

Tampoco somos excesivamente partidarios de las teorías que abogan por la fusión de ambos regímenes de responsabilidad civil, aunque entendemos que existan, para evitar la diferencia principal: el plazo de prescripción. El plazo de un año de prescripción que rige para la responsabilidad *ex art.* 1968.2º se ha demostrado insuficiente en el marco de las acciones extracontractuales. Este hecho ha provocado que emanasen teorías unionistas con el fin de que el plazo largo, (de la responsabilidad civil contractual), quepa en los procesos donde no existe una relación contractual previa, estirando la figura configurada en el código. Sin embargo, es evidente que en nuestro

objeto de estudio, estas teorías no deberían ser alegadas para subsanar la prescripción, pues nos ubicamos siempre dentro de la responsabilidad que surge por la preexistencia de un contrato.

Somos plenamente conscientes de que estas figuras jurídicas de creación jurisprudencial y doctrinal, especialmente la *unidad de culpa civil*, se están aplicando por razones de justicia material, por lo que nos sorprende que en la reciente modificación de los plazos de prescripción del Código Civil, operada por la Ley 42/2015, se haya afectado el plazo de la responsabilidad civil contractual, reduciéndolo de quince a cinco años para las acciones personales que no tengan señalado plazo especial y que, sin embargo, no se haya alargado el plazo más conflictivo, de un año, para la prescripción de las acciones de responsabilidad civil extracontractual, que señala el artículo 1968 CC.

Consideramos necesario señalar que, contrariamente a lo que está ocurriendo en otros sectores o ámbitos de la responsabilidad civil, como sería el régimen de responsabilidad por productos defectuosos, y otros, en el caso concreto de los actos médicos de satisfacción con finalidad estética (y también en el resto de la responsabilidad civil médica), estamos viviendo una corriente - esencialmente jurisprudencial dirigida por el Tribunal Supremo y aceptada por muchos sectores doctrinales -, que claramente aboga por una responsabilidad civil culpabilística, en la que tienen cada vez menos espacio las posturas que defienden cierto grado de objetivación, o incluso de presunción, de la culpa.

Esto nos ubica en un entorno doctrinal y jurisprudencial en el que el perjudicado siempre será el responsable de la prueba de la culpa, del daño y del nexo de causalidad, salvo contadas excepciones en las que, atendiendo a las circunstancias concretas del caso, se considere oportuno que operen teorías como la del *daño desproporcionado (res ipsa loquitur)* o la *presunción de culpa médica*. Consideramos que la poca previsibilidad de la aplicación o no de las teorías de objetivación de la responsabilidad provocan incertidumbre en las partes de conflicto.

Sexta.- *En las relaciones existentes entre los profesionales médico-estéticos y sus clientes, es frecuente que se den intervenciones sucesivas de ajuste del resultado que consideramos que deben categorizarse como reparaciones en especie, y que son una razón de peso para entender que existe una promesa de resultado que constantemente se omite.*

Consideramos como una de las mayores omisiones relativas a los actos médicos de satisfacción y su alcance obligacional el silencio al respecto de los retoques o reintervenciones médicas que los profesionales deudores de la obligación principal frecuentemente realizan a sus clientes en el marco de contratos de actos médicos de satisfacción con finalidad estética.

Nos resulta verdaderamente significativo ver que es frecuente encontrar resoluciones jurisprudenciales en las que se hace alusión a que el ahora demandante o "el cliente perjudicado" fue intervenido *nuevamente* (o *sucesivamente*, o *reiteradamente*) después de la primera vez que se realizó el acto médico contratado, por el mismo deudor principal. La sorpresa prosigue y aumenta al ver que en ninguna de esas resoluciones donde se indica la existencia de estas intervenciones sucesivas el tribunal enjuiciador analiza convenientemente cuál es el sentido jurídico o la categorización jurídica que debe otorgarse a estas intervenciones.

En nuestra opinión, esas reintervenciones estéticas, se dan cuando la primera intervención no alcanza el resultado pretendido y, por ende, son un enorme argumento para defender que el profesional sabe y acepta que el alcance de su obligación no solo es de medios. O lo que es lo mismo, confirman que existió una promesa de resultado, pues de no ser así, (si el profesional estuviera convencido de que su vinculación es una obligación de medios al no haber prometido contractualmente la prosecución de un resultado), no aceptaría realizar esas nuevas intervenciones.

Mediante la realización de estas reintervenciones se está confesando y asumiendo, al menos tácitamente, que el compromiso iba más allá de la actuación diligente y con todos los medios a su disposición y llegaba hasta el concreto resultado.

Entiendo que jurídicamente cuando vemos que se ha producido esa reintervención debemos entenderla como un *intento de reparación en especie*, que tiene dos posibles finales: si el profesional logra satisfacer a su cliente, el mismo no realizará

ninguna reclamación, pues se entenderá extinguida la obligación del profesional con su cliente. Mientras que si la misma no consigue producir el efecto deseado o causa un daño, el cliente procederá a reclamar la procedente indemnización.

En esta segunda hipótesis es cuando nos encontraremos que la cuestión puede llegar a la vía judicial y cuando nos sorprendemos de leer pronunciamientos jurisprudenciales donde se hace expresa alusión a estas actuaciones sucesivas que perseguían el fin del cliente y que, sin embargo, en la mayoría de ocasiones consideran que *al no existir promesa de resultado o al no haberse demostrado la existencia de una promesa de resultado*, no puede entenderse que la obligación del profesional alcanza el resultado concreto y, si llegan a acordarse indemnizaciones en favor del perjudicado, serán en concepto de daño moral, por conflictos vinculados con el defecto de información o la insuficiencia del consentimiento informado, es decir, acudiendo nuevamente a la "justicia material", algo que haciendo una correcta interpretación de la realidad del caso, podría evitarse.

En nuestra opinión, esas resoluciones están adoptando una vía jurisprudencial muy marcada, sin darse cuenta que, de no ser por la existencia de una promesa de resultado o de un contrato con vinculación de resultado, el profesional no llevaría a cabo esas reparaciones a su costa, o incluso, no hubiera llegado a intervenir al cliente.

No sabemos hasta qué punto, esta falta de referencias a la reparación en especie que se intenta con la repetición de las intervenciones contratadas o la realización de otras intervenciones para "arreglar" el resultado que tuvo la obligación principal, se debe a una deficiente preparación de la estrategia procesal de los responsables de luchar por la reparación completa de los daños padecidos por el perjudicado. Aspecto que consideramos fundamental, pues cuando las corrientes jurisprudenciales son tan contrarias a las ideas que se defienden y a la protección de los intereses del perjudicado por el daño o el incumplimiento contractual, la argumentación jurídica debe ser lo más rica posible y deben explorarse nuevas formas de quiebra de esa tendencia jurisprudencial, que no hace más que consolidarse resolución tras resolución.

Séptima.- *Existe una necesidad de configurar un sistema para la valoración de los daños y cuantificación de los mismos para los distintos supuestos de responsabilidad civil.*

Del análisis de la valoración de los daños realizado se desprende, sin lugar a dudas, que existe un enorme vacío normativo relativo a la valoración y cuantificación de los distintos tipos de daños que se producen en los distintos supuestos de responsabilidad civil, que no sean los derivados de accidentes de circulación.

Los perjudicados por daños derivados de cualquier tipo de práctica, no tienen una herramienta concreta a la que acudir para la valoración económica de los perjuicios soportados.

Desde la aparición de los *Baremos de Accidentes de Circulación*, en el ordenamiento español, primero como meros criterios orientadores (sin fuerza legal), y, posteriormente, como norma que vincula en los casos de accidentes de circulación, hasta llegar a la reciente Ley 35/2015, los baremos se han ido utilizando cada vez más como criterios orientativos fuera de su concreto ámbito de aplicación, es decir, se realiza en España (y también en Italia y en Francia como hemos podido observar) una aplicación por analogía o extensiva de una norma que tiene un claro ámbito de aplicación al resto de supuestos que no tienen norma que los regule.

Esta aplicación por analogía y extensiva de los baremos de accidentes de circulación, plantea controversias en la actualidad pues no existe un fundamento jurídico de peso para acudir a ellos, salvo que son la única norma que regula la situación pues es realmente complejo realizar una valoración de daños sin usar como base unos criterios orientativos.

Si en más de veinte años desde la aparición de los baremos de accidentes de circulación, el legislador no ha querido promulgar otras tablas para otros supuestos, debemos preguntarlo si lo hace para que se realice una aplicación extensiva o analógica de los mismos a otros supuestos, o bien si con este vacío normativo lo que pretende es dotar de autonomía a los supuestos no previstos y facilitar que en todo lo que escape del ámbito de los accidentes de circulación, los perjudicados puedan hacer valer todos los argumentos que consideren oportunos para valorar sus concretas circunstancias y sus padecimientos.

Creemos necesario señalar que no es lo mismo permitir que se aplique por analogía una norma prevista para otro supuesto (que es lo que sucede en la práctica totalidad de los casos), que pretender que en cada supuesto no previsto exista una verdadera discusión jurídica sobre los daños y que, finalmente, sea el Juez o Tribunal quien decida qué valoración y cuantificación le otorga a los padecimientos del perjudicado. Algo que no está sucediendo por cuanto la práctica totalidad de los operadores jurídicos acuden a los baremos de tráfico, por ofrecer seguridad y atajar las discusiones sobre cuantía, en cada una de las partidas de daño a indemnizar.

Lógicamente, estos argumentos pueden ser motivo de discusión, pues cabría argumentar que ciertos daños concretos en ciertos supuestos de responsabilidad concretos, tienen un peso mayor al que los baremos de accidentes de circulación le otorgan para el caso de accidentes de circulación.

El ejemplo más evidente es en nuestro propio campo de estudio, donde podría ser factible que se argumentara que el *perjuicio estético* tiene un mayor peso que en el caso de accidentes de circulación. Sin embargo, el vacío normativo y el abuso del uso por analogía de los baremos, hacen que en la inmensa mayoría de casos, las estrategias procesales de los perjudicados, en cualquier supuesto de responsabilidad civil que no sea derivada de un accidente de circulación, se acuda a los criterios y tablas de los baremos, para lograr que no exista discusión al respecto de las cuantías, y como máximo la discusión se concentre en la valoración del daño concreto o en su entidad.

En la práctica el baremo de accidentes de circulación es el baremo de responsabilidad civil contractual y extracontractual en España, algo que escapa con mucho a su ámbito de aplicación, por lo que consideramos que la solución pasaría por promulgar un sistema genérico de valoración de los daños en supuestos de responsabilidad civil contractual y extracontractual y que, el mismo dejara cierto margen de apreciación o de corrección de las partidas indemnizatorias a los jueces y magistrados que resolvieran sobre el daño concreto que se estuviera analizando.

b) Propuestas

Resulta prácticamente obligado que realicemos propuestas de <<*legenda*>>, pues hemos señalado a lo largo de nuestra investigación que la regulación existente es extremadamente insuficiente en multitud de aspectos. También consideramos oportuno proponer nuevas formas de interpretar las normas o situaciones ya existentes, para solventar los problemas que hemos analizado.

Primera.- *La creación de la especialización con la denominación concreta de medicina estética, podría ser la solución a algunos de los mayores problemas relacionados con los profesionales que intervienen en los actos médicos de satisfacción con finalidad estética.*

Para el caso concreto de la situación del profesional que puede llevar a cabo actos médicos de satisfacción con finalidad estética, vimos como existe una gran parte de los mismos que no requieren una actuación quirúrgica, motivo por el que es innecesario que el profesional que realice esas actuaciones no quirúrgicas posea la especialización de *cirugía plástica, estética y reparadora*, que es una de las especializaciones que se obtienen mediante el sistema del MIR.

La medicina estética es mucho más que cirugía estética, en el sentido de que abarca muchas más técnicas, y no tener una regulación capaz de comprender esta afirmación, provoca situaciones de riesgo e inseguridad que, en parte, está propiciada por los propios intereses de los profesionales médicos.

El hecho de no necesitar una especialización concreta para la realización de algunas de las técnicas médicas que más frecuentemente se realizan en el ámbito estético (como las inyecciones de sustancias para relleno de arrugas faciales), hace que en la actualidad esas prácticas estén siendo igualmente realizadas por médicos con alguna especialización (vinculada a la estética o no) y también por todos aquellos que no hayan obtenido ninguna.

Consideramos que ambas situaciones son problemáticas, pues un médico especialista en cardiología no sería el más indicado para llevar a cabo estas intervenciones, aunque tampoco lo sería el profesional que no logró o quiso obtener ninguna especialización.

Es posible que no regular este gran volumen de actos médicos sea una *concesión* que los responsables de la ordenación sanitaria realizan hacía los profesionales, por abrirles una cota de mercado a todos aquellos profesionales que no quisieron o pudieron especializarse. También es posible que las pugnas entre dermatólogos y cirujanos plásticos, estéticos y reparadores, para que se introduzcan esos actos dentro de su respectiva especialización, de manera que se excluya al resto de profesionales, también sea un motivo para que la Administración no actúe o no se haya decantado por un grupo concreto.

Sea como sea, día tras día surgen nuevas técnicas que prescinden de la cirugía y que, caen en el vacío normativo de la *medicina estética* que, como hemos observado, no solo no existe como especialidad en nuestro país, sino que tampoco encuentra parangón en la regulación Europea ni en la de Francia o Italia.

La medicina estética es una práctica cada vez más relevante, pues ni tan siquiera la enorme crisis económica consiguió reducir el número de intervenciones de cirugía estética y, aunque no hay datos concretos sobre el volumen de intervenciones médicas no quirúrgicas con finalidad estética que se practican (precisamente por estar en una situación de vacío normativo), es lógico considerar que para todo aquello para lo que no sea necesario una intervención quirúrgica, el cliente aceptará prescindir de ella, por ejemplo desde hace algún tiempo es posible modificar la apariencia de una nariz sin intervenir quirúrgicamente, lo que, sin duda, hace que más gente pueda decidirse a dar el paso.

Esto nos lleva a pensar que en España el número de intervenciones estéticas no quirúrgicas es, como mínimo, tan relevante como el número de intervenciones quirúrgicas estéticas, motivo por el que es ineludible que la ordenación sanitaria ponga orden en esta situación y configure una especialización tendente a que no siga aumentando día tras día el número de actos que pasan a ser realizables por cualquier profesional.

Para llevar a cabo esta propuesta, sería necesario que se configurara un nuevo régimen de especialización llamado *Medicina Estética*, y que en él se incluyeran las prácticas a las que hacemos constante alusión.

Pero creemos que también podría solventarse el problema si se ampliase el régimen de la especialización de cirugía plástica, estética y reparadora, y se le pusiera por nombre: *Cirugía y medicina plástica, estética y reparadora*. Esta opción podría hacer que pasasen a englobarse dentro de esta especialización todas las intervenciones no quirúrgicas con finalidad estética, y se solventaría el vacío.

Es evidente que esta última solución propuesta no contentaría al resto de especializaciones que frecuentemente realizan actos de medicina estética. Estoy pensando concretamente en el caso de los dermatólogos, que reclaman como propios todos aquellos actos médicos de satisfacción con finalidad estética que se relacionen con la piel y, evidentemente, son muchos los que entran en este ámbito.

El conflicto entre especializaciones se resolvería, bien distribuyendo las actuaciones estéticas entre las especializaciones que se considerasen más indicadas por los expertos de la ordenación sanitaria, bien considerando que ciertos médicos especialistas, de diversas especialidades, pueden llevar a cabo las intervenciones no quirúrgicas de medicina estética.

En este segundo caso, consideramos que las dos especializaciones a las que debería permitírsele llevar a cabo estas prácticas médicas no quirúrgicas con objetivo estético son: la especialidad en *cirugía plástica, estética y reparadora* y la especialidad en *dermatología*.

De llevarse a cabo la propuesta que humildemente lanzamos:

1º - España sería un país pionero en la regulación de la medicina estética a nivel europeo.

2º - Se estaría atajando el problema de las intervenciones estéticas realizadas por profesionales sin especialización, algo que proporcionaría seguridad a los consumidores.

3º - Supondría un reconocimiento a los profesionales que cuentan con los conocimientos suficientes para llevar a cabo estas intervenciones. Y,

4º Se pondría fin al intrusismo profesional en este ámbito.

Todo ello, además, permitiría a los actos médicos de satisfacción con finalidad estética seguir sucediéndose y aumentando en volumen de intervenciones año tras año, y además, los mismos serían más seguros para sus adquirentes.

Segunda.- *En materia de consentimiento informado, no debe existir distinciones entre actos médicos de satisfacción y medicina asistencial y es necesario buscar la forma de que los profesionales puedan respetar la voluntad de los clientes de no ser informados.*

El consentimiento informado es una figura que vincula al profesional con su cliente, de igual modo que sucede con el profesional que trata a un paciente. La previsión normativa estatal no genera ni justifica distinciones entre los casos de medicina de satisfacción y medicina de curación.

El contenido mínimo de la información necesaria que debe ofrecerse para poder obtener un consentimiento informado válido debe ser idéntico en los casos de medicina curativa, pues no consideramos necesario que en los actos médico-estéticos se informe más, sino que en todos los casos la información deberá ser completa, verdadera, comunicada de forma comprensible y adecuada a las necesidades y características de la persona a informar y dirigida a ayudarla a tomar una decisión libre y realmente informada.

No creo que se pueda justificar una necesidad de informar más cuando una intervención sea voluntaria, sino que debe darse siempre, en todos los casos, la información suficiente para que la persona, se enfrente a la intervención que se enfrente pueda tomar una decisión realmente libre y propia. Esto nos lleva a que las particularidades de cada caso, generan en el profesional la exigencia y la responsabilidad de proporcionar toda la información que sea necesaria con el objetivo de que el consentimiento sea correcto. Quizá esto ha sido motivo para considerar, durante mucho tiempo, que en casos de actos médicos de satisfacción con finalidad estética (especialmente cuando se precisaba una cirugía) era necesario informar de riesgos de forma más minuciosa. Y ello había dado pie a que se interpretara por la doctrina y por la jurisprudencia que siempre en estos supuestos la información debía ser más completa. Pero esta postura no encuentra apoyo normativo.

Vinculado al derecho a recibir toda la información necesaria para consentir correctamente el acto médico que vaya a celebrarse, sea del tipo que sea, encontramos la excepción recogida en la Ley 41/2002. Esta excepción permite al interesado a renunciar a ser informado, algo que supone que el mismo está otorgando un *consentimiento en blanco* al profesional que tiene que actuar. La norma prevé que en esos casos se deje constancia de la renuncia en la historia clínica y que el interesado solicite que una persona de su confianza sea informada por él.

El *consentimiento en blanco* o *desinformado*, se ha extendido en la asistencia sanitaria en personas con enfermedades terminales, o en situaciones de grave riesgo para la salud, donde informar a la persona puede provocarle una enorme tensión y ansiedad. Sin embargo, parece que nadie se plantea la posibilidad de que una persona renuncie a ser informada en caso de acto médico de satisfacción con finalidad estética y consideramos que en estos supuestos también debe respetarse la voluntad del cliente.

En los casos en que un cliente de un acto médico estético pretenda otorgar el consentimiento sin ser informado, el profesional debería respetar esta voluntad, dejar constancia en la historia clínica del interesado y, como máximo, cuestionar al cliente si existe alguien de su confianza que pudiera ser informado de todos los extremos de la intervención en su lugar, solo para dejar constancia de que la voluntad del profesional no fue la de no informar, sino que la renuncia es del interesado. Renuncia que repetimos está prevista en la norma y que consideramos que debe ser posible en todos los casos de intervenciones médicas, con indiferencia del ámbito en el que se produzcan.

La medicina defensiva, una práctica que se impone día tras día en el marco de la medicina privada (asistencia y satisfactiva), que supone que el profesional realice una sobreinformación con el objetivo de protegerse de futuras demandas, se consolida en España porque durante muchos años se ha acudido al defecto de información o de consentimiento informado como forma de resarcir *in extremis* a perjudicados que no eran capaces de demostrar la culpabilidad del profesional o la previa existencia de una promesa de resultado (es decir por vía de justicia material). Pese a ello, en los casos en los que la voluntad del cliente sea clara al respecto de no recibir información, no debería caber duda al respecto de que esa voluntad debe primar, y no debe forzarse la información.

Hay que recordar que la renuncia a la información y la posibilidad de consentir sin conocer la intervención, constituyen la otra cara de la moneda en el ámbito de la autodeterminación del paciente, que es el derecho que debe primar en todo caso cuando hablamos de consentimiento.

Por este motivo proponemos que se modifique la regulación indicando de forma más clara:

1º La posibilidad de que cualquier sujeto otorgue un *consentimiento en blanco*.

2º La posibilidad a que en cualquier ámbito el sujeto interesado pueda renunciar a ser informado, o la posibilidad de que en nuestro ámbito de estudio (medicina voluntaria y no curativa) se reconozca la posibilidad de renuncia a la información, por parte del cliente, sin que ello suponga un perjuicio para el profesional, siempre que la misma se realice conforme a unos requisitos y, tal y como sucede hasta ahora en la medicina de sanación, se deje constancia en la historia clínica del cliente, su voluntad de no ser informado.

Tercera.- *Es necesario superar el conflicto doctrinal sobre el contrato de actos médicos de satisfacción con finalidad estética, mediante la reforma de los tipos contractuales del Código Civil, o por la interpretación del mismo como contrato atípico que las partes celebran.*

Debe superarse el conflicto existente al respecto de si los profesionales médicos de la cirugía y medicina estética, celebran con sus clientes un contrato de arrendamiento de servicios o un contrato de arrendamiento de obra, en gran medida superado por las resoluciones jurisprudenciales tendentes a considerar que los profesionales médicos no pueden celebrar contratos de arrendamiento de obra que les vincule a un concreto resultado.

Para lo cual, en vez de intentar constreñir un contrato del siglo XXI en una figura regulada de forma arcaica e insuficiente, se debería considerar la actualización de las figuras contractuales o, si se prefiere dejarlas inalteradas pese al problema de insuficiencia normativa que presentan. Sería necesario que tanto la doctrina como la jurisprudencia pasaran a considerar que el contrato que a día de hoy celebran un

profesional médico (o clínica estética) y su cliente, con el fin de alterar la apariencia física es *un contrato atípico, pues se contrata una prestación de servicios, pero el resultado pretendido vincula a las partes, por ser el objeto contractual*.

Nos resulta chocante que en la Propuesta de Anteproyecto de Ley de Modernización del Derecho de Obligaciones y Contratos (PMCC - año 2009), que nace precisamente con la idea de modernizar el libro IV del Código Civil, no exista ningún intento de actualizar las figuras del *contrato de obra* y de los *contratos de prestación de servicios* (antiguos pero vigentes: *contrato de arrendamiento de obra* y *contrato de arrendamiento de servicios*), pese a que tanto la doctrina como la jurisprudencia ya han superado las previsiones normativas e, incluso, han constituido innumerables teorías y corrientes de pensamiento para completar los aspectos no previstos.

Apostamos firmemente por una actualización y renovación de estos tipos contractuales para que los contratos que se celebran en nuestros días puedan ser fácilmente subsumibles dentro de estas figuras, sin necesidad de recurrir a corrientes doctrinales y jurisprudenciales que son cambiantes y que conllevan un cierto grado de inseguridad jurídica. No es necesario recordar la enorme relevancia que estos contratos tienen en la actualidad y, para el caso concreto de nuestro objeto de estudio, sería fundamental que existieran unas figuras contractuales claras a las que poder acogernos, cuando resulta necesario realizar la interpretación de la voluntad de las partes, o cuando surgen problemas de incumplimiento o de cumplimiento imperfecto.

Hecha la manifestación anterior, mientras la esperada actualización del Código llega, consideramos oportuno defender que en la práctica, los contratos que se celebran en nuestro ámbito de estudio, no solo no responden a los tipos previstos (contrato de obra o prestación de servicios), sino que son en realidad una mezcla de aspectos que no están previstas en la legislación, por lo que debemos defender sin miedo que nos encontramos, en la mayoría de supuestos, ante contratos atípicos, donde muchas de las cuestiones relevantes están implícitas, o cuando menos, no están reflejadas por escrito.

En ocasiones, ni tan siquiera hay un contrato escrito (pues no es necesario que se realice por escrito), sino que existen distintos documentos como las imágenes modificadas por ordenador para mostrar el objetivo pretendido en la intervención y la situación inicial, la historia clínica, la hoja de información, el documento de consentimiento informado o el contrato accesorio de financiación de la intervención.

Documentos que prueban la existencia de una relación contractual entre las partes y con los que se procederá a categorizar la relación.

Si se supera la tendencia jurisprudencial, y se pasa a considerar la relación existente entre las partes, haciendo una correcta interpretación de los intereses que cada una de las partes tiene en el contrato, el objeto del mismo y los principios generales del derecho de obligaciones, se deducirá caso por caso, cuál es el concreto grado de obligatoriedad del resultado que las partes han querido contratar. Esto nos llevará a observar como un gran número del total de contratos celebrados para la realización de estos actos médicos de satisfacción con finalidad estética deben catalogarse como *contratos atípicos*, al no poder ser subsumidos ni el contrato de obra, por cuanto lo que se contrata es una prestación de un servicio (médico), ni en el contrato de prestación de servicios, por cuanto la obtención del resultado está previsto como obligatorio para el deudor de la prestación principal.

Cuarta.- *Superación de la teoría jurisprudencial de exigencia de <<promesa de resultado>> o, cuando menos, inversión de la carga de probar que esa promesa realmente existió, por ser una prueba diabólica para el perjudicado.*

La *promesa de resultado* es una corriente doctrinal que supuso la vía por la que el Tribunal Supremo acabó con la tendencia *objetivadora* de la responsabilidad civil en todas las intervenciones de medicina no curativa. Hasta que surgió y se consolidó, la tendencia jurisprudencial y doctrinal era la de defender que existía una obligación de resultado siempre que la intervención no fuera asistencial y, en su virtud, siempre que el resultado pretendido no se alcanzaba, se consideraba que existía una responsabilidad por parte del profesional, con independencia de la prueba de la culpabilidad.

El requisito de la *promesa de resultado*, que actualmente se solicita que sea expresa, supone un auténtico obstáculo para que los perjudicados por incumplimiento contractual o cumplimiento contractual imperfecto puedan reclamar la reparación a los profesionales que no cumplieron con sus obligaciones.

La prueba de la existencia de la promesa recae sobre el perjudicado por el incumplimiento contractual, algo que desde nuestro punto de vista es una prueba diabólica, pues dota a los profesionales de una fuerza que genera desequilibrio. Como

expertos en su propio sector, todos los profesionales de los actos médicos con finalidad estética conocen que los tribunales solicitan al perjudicado una prueba de que existió una explícita promesa de prosecución de los resultados, algo que el sujeto que contrata el acto médico no tiene porqué saber. Por ello, basta para el profesional con no dejar rastro probatorio de la promesa del mismo o, incluso, dependiendo de su poder negociador, exponer explícitamente en los documentos que se entregan al paciente que el resultado pretendido no puede garantizarse.

El consumidor, hasta que no se encuentra con el problema derivado del contrato (o de su incumplimiento), no tiene motivos para desconfiar del profesional, o de la clínica, que ha seleccionado para llevar a cabo la intervención que pretende.

Consideramos que, en virtud del principio de integración de la buena fe en todos los contratos que se celebran, es posible entender que la *promesa de resultado* está implícita en estos casos, cuando el objetivo y el objeto del contrato es lograr un concreto cambio físico y el profesional, que tuvo oportunidad para expresamente dejar constancia de que no podía comprometerse más que a perseguir ese fin con todos los medios a su alcance, no lo hizo. Algo que es frecuente en nuestro concreto ámbito de estudio.

Pero la realidad es muy distinta. No es hasta el momento de la reclamación, es decir, no es hasta que surge el conflicto entre las partes, cuando el perjudicado por el incumplimiento contractual (que supone el incumplimiento de las obligaciones previstas), comprende que debe ser él quien pruebe la existencia de una promesa de resultado, y en ese momento observa que no tiene forma de probar esa promesa. Ello sucede en vez de considerarse que la promesa existe siempre, porque el resultado es el objetivo de la intervención y siempre se persigue el mismo, y en virtud de la buena fe contractual, aunque no esté explícita debería entenderse como presente implícitamente.

Si se considerase que puede existir implícitamente, sobre la *promesa de resultado* existiría una presunción *iuris tantum*, que establecería que siempre está presente en este tipo de contrato y sería el profesional médico por encontrarse en una mejor posibilidad probatoria y por conocer (al dedicarse a ello) que siempre se entiende que está implícita, quien probaría que no se prometió el resultado o que se explicó que el resultado no podía prometerse en ese caso concreto, pese a ser el objetivo de la intervención. Si esta práctica se consolidase, los profesionales serían más claros al

especificar al cliente que no pueden prometer el resultado y, posiblemente, habría clientes que decidirían no arriesgarse a llevar a cabo esa actuación médica.

Somos realistas y sabemos que esta propuesta supone un cambio completo de la tendencia actual, pero también es la que protege más al consumidor de este tipo de intervenciones médicas y le equipara en derechos a los consumidores de otros servicios.

No negamos la existencia de un cierto nivel de aleatoriedad en todos los actos de la vida, que por descontado también se halla presente en los actos médicos de satisfacción con finalidad estética, pero para nosotros, quien debe soportar el riesgo de que un resultado no pueda obtenerse (sea por la causa que sea) es la persona que se vinculó a la prosecución del mismo contractualmente, salvo que expresamente hubiera advertido de la imposibilidad de obligarse a un resultado.

Por ello, en la inmensa mayoría de ocasiones, en las que nada se dice al respecto del alcance de la obligación que suscribe el profesional, entendemos que debe actuarse de modo contrario. Si no se dice nada en contra, la promesa de resultado deberá tenerse por prevista, pues es el objeto, la causa y la finalidad del contrato y sin estos elementos no puede haber un contrato válido.

Quinta.- *Para superar el uso excesivo de los baremos de accidentes de circulación es necesario tomar una decisión entre legislar sobre la materia para los otros ámbitos de la responsabilidad civil, o ampliar el ámbito de aplicación de los mismos.*

Hasta la fecha, en España solo existe un sistema de valoración de daños personales, que tiene como ámbito de aplicación los accidentes de circulación. En esos supuestos, es de aplicación obligatoria, pero para el resto de supuestos de responsabilidad civil, incluida la responsabilidad civil que se deriva de actos médicos de satisfacción con finalidad estética, se utilizan por analogía en la práctica totalidad de los casos.

Consideramos que el uso extensivo y fuera del ámbito de aplicación que la norma explícitamente prevé para los baremos de accidentes de circulación supone en la

práctica la consagración de una aplicación real muy superior a la previsto en la norma que los regula.

Se acude a estos baremos en casos donde no existe un accidente de circulación porque son los únicos criterios existentes en materia de valoración de daños personales. Que existan unas mismas reglas de valoración de daños para las partes en conflicto, atenúa y simplifica la resolución de los problemas.

Sin embargo, la norma no prevé que de ella se realice un uso tan extensivo y tampoco el legislador ha considerado oportuno alterar el ámbito de aplicación de los baremos cuando recientemente realizó la reforma (mediante la ley 35/2015). Por lo que consideramos que es necesario generar el debate entre las distintas soluciones posibles.

En primer lugar, es posible que se continúe con la situación de aplicación por analogía que actualmente se lleva a cabo, pero en ese caso, es preciso que se entienda y se incida en que en su uso extensivo, los baremos no son obligatorios, sino orientadores, y que cabe discusión sobre las valoraciones y cuantías de cada partida de daño, teniendo en cuenta que lo previsto para un accidente de circulación no se ajusta, por ejemplo, al daño estético derivado de una intervención con finalidad estética.

Si se mantiene la situación como hasta la fecha, somos firmes defensores de que las partes en conflicto luchen por la singularización del daño y su adaptación al caso concreto, para que la analogía no sea automática. Además, también defendemos que los propios Jueces y Tribunales realicen las merecidas consideraciones concretas para cada uno de los casos que resuelven, y que al usar los criterios como orientación, se separen de las cifras y las valoraciones que en ellos se contienen para todos aquellos casos que merezcan una valoración distinta.

En segundo lugar, podría regularse la materia de la valoración de los daños fuera del ámbito de los accidentes de circulación, en cuyo caso, consideramos que sería oportuno que se promulgaran, como mínimo unos criterios orientadores para valorar los daños personales en el resto de supuestos de responsabilidad civil, a los que incluso podría añadirse unos criterios específicos para supuestos concretos, por ejemplo para los casos de responsabilidad sanitaria (con daños personales).

La desventaja sería que la nueva situación conllevaría una aplicación prácticamente automática de los criterios y cerraría el paso a la posibilidad de observar las peculiaridades de cada caso.

Por último, sería también posible que se alterase el ámbito de aplicación de los baremos y que se extendieran los baremos de tráfico a todas las situaciones que en las que se provoquen daños personales. Esto supondría que de usarse como meras orientaciones en los casos en los que no ha existido un accidente de circulación (como debería suceder en la actualidad), serían también obligatorios en esas situaciones, lo que consideramos que no sería un acierto, pues estos baremos están pensados para solventar un conflicto concreto: la valoración de daños derivados de accidentes de circulación, y, defendemos que los mismos no son ideales para trasladarse sin más adaptación al resto de casos en los que una persona genera un daño a otra.

Sea cual sea la opción que se imponga, creemos que no va a ser, por el momento, la promulgación de nuevos criterios para daños personales de otro origen, ni tampoco una ampliación del ámbito de aplicación de los baremos de accidentes, sino que se va a mantener y a prolongar la situación de inexistencia de regulación y uso por analogía de unos criterios pensados para unos casos concretos, por ser los únicos existentes.

Sin embargo, incluso aunque el legislador se aventurase a promulgar unos nuevos criterios orientadores para otros supuestos de causación de daños personales, debemos defender que siempre debe quedar margen para la adaptación de esos criterios a la realidad y peculiaridad de cada situación.

Índice Bibliográfico

- ABELLA RUBIO, José M^a, "VI. Incumplimiento parcial" en O'CALLAGHAN MUÑOZ, Xavier, *Cumplimiento e incumplimiento del contrato*. Ed. Editorial Universitaria Ramón Areces. 2012. Madrid. Págs. 317 - 360.
- ALBALADEJO GARCÍA, Manuel, *Derecho Civil II Derecho de Obligaciones*. Ed. Edisofer, 14^a edición. 2011. Madrid.
- ALBALADEJO GARCÍA, Manuel y DÍAZ ALABART, Silvia (dirs.), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*. Ed. Revista de Derecho Privado – Editoriales de Derecho Reunidas. 1993. Madrid.
- ALBI NUEVO, Julio, "La carga de la prueba en los procedimientos de responsabilidad sanitaria" en *Revista CESCO de Derecho de Consumo*. Núm. 8/2013. Págs. 259-273.
- ALBIEZ DOHRMANN, Klaus Jochen y RODRÍGUEZ MARÍN, Concepción (dirs.), *Contrato de Obra y Protección de los Consumidores*. Ed. Thomson Reuters - Aranzadi. 2014. Cizur Menor.
- ALMAGRO NOSETE, José, "Rinoplastia infausta y justicia *in extremis*" en *Diario La Ley*, nº 7532. Sección Columna, 21 de Diciembre de 2010. Año XXXI. Ed. La Ley. 2010. Madrid.
- ALONSO PEREZ, M^a Teresa, *Los contratos de servicios de abogados, médicos y arquitectos*. Ed. J. M. Bosch Editor. 1997. Barcelona.
- ALONSO PÉREZ, M^a Teresa y ALMAGRO MARTÍN, Carmen, "El arrendamiento de servicios" en YZQUIERDO TOLSADA, Mariano (Dir.), *Contratos. Civiles, Mercantiles, Públicos, Laborales e Internacionales, con sus implicaciones tributarias*. Tomo IV: *Contratos de Prestación de Servicios y Realización de Obras. (I)*. Ed. Thomson Reuters - Aranzadi. 2014. Cizur Menor. Págs. 51 - 174.
- AMARILLA GUNDÍN, Manuel y AMARILLA MATEU, Nuria, *La responsabilidad contractual terapéutica en el siglo XXI*. Ed. European Pharmaceutical Law Group. 2002. Madrid.

"La responsabilidad civil por la información sobre medicamentos tras la aprobación del Texto Refundido de la Ley de Consumidores y Usuarios y

- otras leyes complementarias" en AMARILLA GUNDÍN, Manuel y SEMPERE NAVARRO, Antonio, (coord.) *Derecho Farmacéutico Actual*. Ed. Thomson Reuters - Aranzadi. 2009. Madrid. Págs. 167 - 192.
- AMARILLA GUNDÍN, Manuel y SEMPERE NAVARRO, Antonio, (coord.), *Derecho Farmacéutico Actual*. Ed. Thomson Reuters - Aranzadi. 2009. Cizur Menor.
 - ANDREU TENA, Eduard; AZPARREN LUCAS, Agustín y DONAT LAPORTA, Emilio, "Estudio jurisprudencial en medicina satisfactiva" en *Revista Española de Medicina Legal*. Núm. 4. Año 2013. Págs. 162 - 167.
 - ARBESÚ GONZÁLEZ, Vanesa, *La responsabilidad civil en el ámbito de la cirugía estética*. Ed. Dykinson. 2016. Madrid.
 - ARCOS VIEIRA, María Luisa (dir.), *Autonomía del paciente e intereses de terceros: límites*. Ed. Thomson Reuters - Aranzadi. 2016. Cizur Menor.
 - "Consentimiento no informado: reflexiones en torno a la existencia de un <<derecho a no saber>> aplicado a la información clínica" en ARCOS VIEIRA, María Luisa (dir.), *Autonomía del paciente e intereses de terceros: límites*. Ed. Thomson Reuters - Aranzadi. 2016. Cizur Menor. Págs. 23 - 71.
 - *Responsabilidad Sanitaria por Incumplimiento del Deber de Información al Paciente*. Ed. Thomson - Aranzadi. 2007. Cizur Menor.
 - ASOCIACIÓN DE PROFESORES DE DERECHO CIVIL, *Centenario del Código Civil*. 2 Volúmenes. Ed. Centro de Estudios Ramón Areces. 1990. Madrid.
 - ASÚA GONZÁLEZ, Clara I., *Pérdida de oportunidad en la responsabilidad sanitaria*. Ed. Thomson - Aranzadi. Cuadernos de Aranzadi Civil. 2008. Cizur Menor.
 - "Comentario al artículo 1106 CC" en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo, *Comentarios al Código Civil*. Tomo VI. Ed. Tirant lo Blanch. 2013. Valencia. Págs. 8102 - 8116.
 - "Responsabilidad civil médica" en REGLERO CAMPOS, Luis Fernando (Coord.), *Tratado de Responsabilidad Civil. Tomo II - Parte*

- Especial Primera*, ed. Thomson Aranzadi. 4ª edición. 2008. Pamplona. Pág. 697 - 815.
- "Responsabilidad sin culpa en la medicina privada: el artículo 28 LGDCU" en MORENO MARTÍNEZ, Juan Antonio, *La Responsabilidad Civil y su problemática actual*. Ed. Dykinson. 2007. Madrid. Págs. 35 - 66.
 - AZNAR GINER, Eduardo, *Las negociaciones o tratos preliminares al contrato*. Ed. Tirant Lo Blanch. Serie Monografías. Nº 701. 2010. Valencia
 - BADILLO ARIAS, José Antonio y GONZÁLEZ ESTÉVEZ, Antonio E., *El nuevo baremo de daños. La Ley 35/2015, de 22 de septiembre, de reforma del sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación*. Ed. Thomson Reuters - Aranzadi. 2015. Cizur Menor.
 - BADOSA COLL, Ferrán, *La diligencia y la culpa del deudor en la obligación civil*. Ed. Publicaciones del Real Colegio de España. 1987. Bolonia.
 - "Comentario al artículo 1104 CC" en PAZ-ARES RODRÍGUEZ, Cándido; DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, Luis; BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo y SALVADOR CODERCH, Pablo (dirs.), *Comentario del Código Civil*. Tomo II. Ed. Ministerio de Justicia. 1991. Madrid. Págs. 40 a 42.
 - BARROS BOURIE, Enrique; GARCÍA RUBIO, Mª Paz, y MORALES MORENO, Antonio M., *Derecho de daños*. Ed. Fundación Coloquio Jurídico Europeo. 2009. Madrid.
 - BASOZABAL ARRUE, Xabier, *Responsabilidad extracontractual objetiva: parte general*. Ed. BOE - Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado. 2015. Madrid.
 - BAUDRAND, Gilbert, *La chirurgie esthétique et le droit*. Thèse pour le Doctorat. Université de Poitiers - Faculté de Droit. 1938. Poitiers.
 - BELHADJ BEN GÓMEZ, Celia, "La prueba pericial, reglas sobre proposición, admisión y práctica en el proceso civil. Estudio jurisprudencial" en *Revista Aranzadi*

Doctrinal, núm. 3/2012. Parte Estudio. Disponible en formato digital. ID Aranzadi: BIB 2012\955.

- BELLO JANEIRO, Domingo (coord.), *Régimen jurídico de la responsabilidad sanitaria*. Ed. Reus. 2013. Madrid.

- *Responsabilidad civil del médico y responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria*. Ed. Reus. 2009. Madrid.

- "Comentario a la STS de 13 de octubre de 2009" en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*. Núm. 83. Mayo - Agosto de 2010. Págs. 1147 - 1166.

- BERCOVITZ ÁLVAREZ, Germán, "Comentario al Artículo 1262" en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo (coord.) *Comentarios al Código Civil*. Ed. Thomson Reuters - Aranzadi, 4ª edición. 2013. Cizur Menor. Pág. 1715.

- "Comentario al artículo 1124 CC" en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo (coord.), *Comentarios al Código Civil*. Ed. Thomson Reuters - Aranzadi. 3ª Edición. 2009. Cizur Menor. ID ARANZADI: BIB\2009\7914.

- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo (coord.), *Comentarios al Código Civil*. Ed. Thomson – Aranzadi. 4ª Ed. 2013. Cizur Menor.

- *Comentarios al Código Civil*. Ed. Thomson – Aranzadi. 3ª Ed. 2009. Cizur Menor.

- *Comentarios al Código Civil*. Tomo IV. Ed. Tirant lo Blanch. 2013. Valencia.

- *Tratado de Contratos*. Ed. Tirant lo Blanch - Tratados. Tomo I y Tomo III. 2ª Edición. 2013. Valencia.

- *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras Leyes complementarias. (Real Decreto Legislativo 1/2007)*. Ed. Thomson Reuters - Aranzadi. 2009. Cizur Menor.

- "Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de Julio de 1994" en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*. Núm. 37. Enero - Marzo 1995. Págs. 149 - 156.

- BLANCO CARRASCO, Marta, "Mediaciones excluidas del ámbito de aplicación de la ley" en GARCÍA VILLALUENGA, Leticia y ROGEL VIDE, Carlos (dirs.), *Mediación en asuntos civiles y mercantiles. Comentarios a la Ley 5/2012*. Ed. Reus. 2012. Madrid.

- BLANCO PÉREZ-RUBIO, Lourdes, *La carga de la prueba por omisión de información al paciente*. Ed. Marcial Pons. 2013. Madrid.

- "El consentimiento informado como elemento esencial de la lex artis" en *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*. Núm. 2/2014. Volumen 2. Ed. Aranzadi. 2014. Cizur Menor. Págs. 89 a 122.

- BUSTO LAGO, José Manuel, "Contratos de prestación de servicios y realización de obras" en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo (dir.), *Tratado de Contratos*. Ed. Tirant lo Blanch - Tratados. Tomo III. 2ª Edición. 2013. Valencia. Pág. 3319 - 4221.

- CABANILLAS SÁNCHEZ, Antonio, *Las obligaciones de actividad y de resultado*. Ed. Bosch. 1993. Barcelona.

- CABANILLAS SÁNCHEZ, Antonio, GÓMEZ-OLANO GONZÁLEZ, Daniel José y SÁNCHEZ GALLARDO, Francisco Javier, "El contrato de obra" en YZQUIERDO TOLSADA, Mariano (Dir.), *Contratos. Civiles, Mercantiles, Públicos, Laborales e Internacionales, con sus implicaciones tributarias. Tomo IV: Contratos de Prestación de Servicios y Realización de Obras. (I)*. Ed. Thomson Reuters - Aranzadi. 2014. Cizur Menor. Págs. 175 - 372.

- CALZADA CONDE, María Ángeles, *El Seguro de Responsabilidad Civil*. Ed. Thomson - Aranzadi. 2005. Cizur Menor.

- CAMAS JIMENA, Manuel (Coord.), *Responsabilidad Médica*. Ed. Tirant lo Blanch. 2013. Valencia.

- CAMPO IZQUIERDO, Ángel Luis, "El consentimiento informado" en *Actualidad Civil*, Sección a Fondo. Ed. La Ley, Nº 12, Quincena del 16 al 30 de junio. Tomo 1. Año 2012. Madrid. Nº Id. La Ley 6098/2012. Pág. 1333 y ss.
- CAÑIZARES LASO, Ana, "Reflexiones sobre el nuevo plazo de prescripción de las acciones personales" en *¿Hay Derecho? El Blog sobre la Actualidad Jurídica y Política*. Publicado el 9 de marzo de 2016. Disponible en el enlace siguiente: <http://hayderecho.com/2016/03/09/reflexiones-sobre-el-nuevo-plazo-de-prescripcion-de-las-acciones-personales/>
- CAÑIZARES LASO, Ana; DE PABLO CONTRERAS, Pedro; ORDUÑA MORENO, Javier y VALPUESTA FERNÁNDEZ, Rosario (dirs.), *Código Civil Comentado. Volumen III. Libro IV de las obligaciones y contratos. Teoría general de la obligación y el contrato (Artículos 1088 a 1444)*. Ed. Thomson Reuters - Civitas. 2011. Cizur Menor.
- CARRASCO PERERA, Ángel, "Comentario al artículo 1104 CC" en ALBALADEJO GARCÍA, Manuel (dir.), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*. Tomo XV. Vol. I. Ed. Revista de Derecho Privado. 1989. Madrid. Págs. 585 - 630.
- CASTILLA BAREA, Margarita, *La imposibilidad sobrevenida de cumplir los contratos*. Ed. Dykinson. 2001. Madrid.
- CASTILLEJO MANZANARES, Raquel (dir.), *La mediación: Nuevas realidades, nuevos retos. Análisis en los ámbitos civil y mercantil, penal y de menores, violencia de género, hipotecario y sanitario*. Ed. La Ley - Grupo Wolters Kluwer. 2013. Madrid.
- CAZEAU, Bernard (dir.), *Rapport d'Information fai au nom de la Mission commune d'information portant sur les dispositifs médicaux implantables et les interventions à visée esthétique*. Sénat de la France. Session Extraordinaire de 2011-2012. Nº 653. Disponible en: <http://www.senat.fr/rap/r11-653-1/r11-653-11.pdf>.
- CENDON, Paolo (dir.), *Trattario di Diritto Civile. Volume X. 1º Contratti speciali. Compravendita, locazione, trasporto, appalto*. Ed. Giuffrè Editore. 2016. Varese (Italia).
- CIAN, Giorgio, y TRABUCCHI, Alberto (dirs.), *Commentario breve al Codice Civile*. Ed. Wolters Kluwer - CEDAM. 2015. Vicenza (Italia).

- COBO PLANA, Juan Antonio, *Metodología para valorar el daño corporal con el nuevo baremo de tráfico*. Ed. Bosch - Wolters Kluwer. 2016. Barcelona.
- CONCEPCIÓN RODRÍGUEZ, José Luis, *Derecho de Daños*. Ed. Bosch. 3ª edición. 2009. Barcelona.
- CRESPO MORA, Mª Carmen, "La prestación debida por el personal médico-sanitario en el ámbito de la medicina voluntaria" en *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*. Sección V. Derecho de Daños. Núm. 30. Enero - Abril de 2013. Págs. 397 - 404.
- "Las obligaciones de medios y de resultados de los prestadores de servicios en el DCFR" en *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*. Nº 2/2013. Abril. 2013. Barcelona. Disponible en: <http://www.indret.com/pdf/971.pdf>
- "Las obligaciones de medios y de resultado: recepción de la distinción por la propuesta CESL" en *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*. Núm. 31. Vol. 1. 2015. Págs. 91 - 104.
- CRIADO DEL RÍO, Mª Teresa, *Valoración Médico Legal del daño a la persona. Valoración del daño corporal*. Tomo I. Ed. Colex. 2010. Madrid.
- *Valoración Médico Legal del daño a la persona. Valoración del daño corporal*. Tomo II. Ed. Colex. 2010. Madrid.
- *Valoración Médico Legal del daño a la persona. Valoración del daño corporal*. Tomo III. Ed. Colex. 2010. Madrid.
- CRUZ MEJÍA, Andrés, "Responsabilidad civil en el Código de Napoleón. Las bases de su estructura dogmática" en *Revista de Derecho Privado*. Nueva Época, año IV, núm. 11, mayo - agosto de 2005. Págs. 19 - 48.
- CUADRADO PÉREZ, Carlos, "Nuevas perspectivas de la responsabilidad precontractual" en PEREÑA VICENTE, Montserrat y DELGADO MARTÍN, Palmira (dir.), *Nuevas Orientaciones del Derecho Civil en Europa*. Ed. Thomson Reuters - Aranzadi. 2015. Cizur Menor. Págs. 371 - 393.
- "La formación del contrato en la Propuesta de modernización del Código civil" en PARRA LUCÁN, Mª Ángeles (dir.), *Negociación y*

- perfección de los contratos*, ed. Thomson Reuters - Aranzadi. 2014. Pamplona. Págs. 199 - 268.
- DE ÁNGEL YÁGÜEZ, Ricardo, *La responsabilidad civil*. Ed. Universidad de Deusto. 1988. Bilbao.
 - "Lealtad en el periodo precontractual" en *Anuario de Derecho Civil*. Tomo LXIII, Fasc. II. Ed. BOE. 2010. Madrid. Págs. 575 a 636.
 - DE BARRÓN ARNICHES, Paloma (dir.), *Ejercicio de las Profesionales Liberales y Responsabilidad Civil*. Ed. Comares. 2012. Granada.
 - "Capítulo XVIII. La formación del Contrato de Servicios" en PARRA LUCAN, María Ángeles (dir.), *Negociación y perfección de los contratos*. Ed. Thomson Reuters - Aranzadi. 2014. Cizur Menor. Págs. 965 - 1004.
 - "Comentario a los artículos IV.C del DCFR" en VAQUER ALOY, Antoni, BOSCH CAPDEVILA, Esteve y SÁNCHEZ GONZÁLEZ, María Paz (coords.), *Derecho Europeo de Contratos. Libros II y IV del Marco Común de Referencia*. Tomo II. Ed. Atelier. 2012. Barcelona. Págs. 1137 a 1231.
 - "El contrato de servicios y la propuesta de modernización del Código Civil Español" en *Boletín del Ministerio de Justicia*. Núm. 2134. Año LXV. Setiembre 2011.
 - DE FUENTES BARDAJÍ, Joaquín (dir.), *Manual sobre Responsabilidad Sanitaria*. Ed. Aranzadi - Dirección del Servicio Jurídico del Estado – Abogacía General del Estado. 2009. Pamplona.
 - DE LA IGLESIA MONJE, M^a Isabel, "Derecho de alimentos *versus* gastos de crianza y educación de los hijos mayores de edad. Los gastos de crianza como indemnización en los supuestos de *wrongful conception* o *wrongful pregnancy*" en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario (RCDI)*, Estudios Jurisprudenciales. Derecho civil. Núm. 749. Año 91. 2015. Mayo - Junio. Págs. 1533 - 1550.

- "El derecho a ser escuchado y la madurez del menor: su protección judicial en la esfera familiar" en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario (RCDI)*. Núm. 759. Año 93. 2017. Enero - Febrero. Págs. 345 - 369.

- DE LAS HERAS GARCÍA, Manuel Ángel, "El deber de recabar el llamado <<consentimiento informado>>" en *Estatuto Ético-Jurídico de la Profesión Médica*. Versión de Enero 2005. Publicado en VLEX, Id. Vlex: <http://vlex.com/vid/297104>

- "La relación médico – paciente" en *Estatuto Ético-Jurídico de la Profesión Médica*. Publicado en Vlex. Enero 2005. Id. Vlex – 297095.

- DE PABLO CONTRERAS, Pedro, "118. Los presupuestos de la declaración de voluntad contractual" en MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, Carlos (Coord.), *Curso de Derecho Civil (II) Derecho de Obligaciones*. Ed. Colex. 2014. Madrid.

- DE PAULA BLASCO GASCÓ, Francisco (dir.), *Contratación y nuevas tecnologías*. Ed. Consejo General del Poder Judicial. 2005. Madrid.

- DE VERDA Y BEAMONTE, José Ramón, "La responsabilidad derivada de la cirugía estética en la jurisprudencia actual (de obligación de resultado a obligación de medios): consideraciones críticas" en *Revista de Derecho Patrimonial*. Núm. 36. Ed. Aranzadi. 2015. Cizur Menor. Págs. 93 - 126.

- DIARIO MÉDICO, EDITORIAL "Un paso más en la protección de los menores en los ensayos clínicos". 11 de enero de 2012. Publicado en VLEX. ID. vLex – 344232338.

- DÍAZ-AMBRONA BARDAJÍ, M^a Dolores; SERRANO GIL, Alfonso; FUENTES ROCAÑIN, José Carlos y HERNÁNDEZ DÍAZ-AMBRONA, Pablo, *Introducción a la Medicina Legal*. Ed. Díaz de Santos. 2007. Madrid.

- DÍAZ-REGAÑON GARCÍA-ALCALÁ, Calixto, *El régimen de prueba en la responsabilidad civil médica*. Ed. Aranzadi. 1996. Pamplona.

- DÍAZ MARTÍNEZ, Ana, "Últimos criterios jurisprudenciales en materia de responsabilidad civil derivada de la asistencia médico-sanitaria" en *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*. Vol. III. Parte Estudio. Ed. Aranzadi. 1996. Cizur Menor. Págs. 161 - 198. Id. Aranzadi: BIB 1996\52.

- "El consentimiento informado como garantía del derecho fundamental a la integridad física y moral" en *Revista Doctrinal Aranzadi Civil - Mercantil*. Núm. 5/2011. Comentario. Ed. Aranzadi. 2011. Cizur Menor. Págs. 25 - 35.
- "El resultado garantizado o pactado en los tratamientos de medicina estética" en *Revista Aranzadi Civil - Mercantil*. Núm. 10/2011. Ed. Aranzadi. 2011. Cizur Menor. Págs. 23 - 34.
- DIEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis, *Fundamentos de Derecho civil patrimonial*, vol. I, Introducción, teoría del contrato, las relaciones obligatorias en particular. Ed. Thomson – Civitas, 6ª edición. 2007. Madrid.
- DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luís, GULLÓN BALLESTEROS, Antonio, *Instituciones de Derecho Civil*. Ed. Tecnos. 1974. Madrid.
- *Sistema de Derecho Civil*. Ed. Tecnos. 11ª edición. Vol. II. Tomo I. 2016. Madrid.
- *Sistema de Derecho Civil*. Ed. Tecnos. 11ª edición. Vol. II. Tomo II. 2016. Madrid.
- DOMÍNGUEZ LUELMO, Andrés, *Derecho Sanitario y responsabilidad médica. (Comentarios a la ley 41/2002, de 14 de noviembre, sobre derechos del paciente, información y documentación clínica)*. Ed. Lex Nova, 2ª edición. 2008. Madrid.
- DOMÍNGUEZ LUIS, José Antonio, "Responsabilidad patrimonial sanitaria por (no) colocación de implante anticonceptivo: medicina satisfactiva, daño anormal y mala praxis" en *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 6/2016. Parte Estudio. Versión digital. ID. Aranzadi: BIB 2016\3069.
- EIDENMÜLLER, Horst; FAUST, Florian; CHRISTOPH GRIDOLEIT, Hans; JANSEN, Nils; WAGNER, Gerhard, y ZIMMERMANN, Reinhard, "El marco común de referencia para el Derecho privado europeo: cuestiones valorativas y problemas legislativos" (Traducción de Bruno Rodríguez Rosado) en *Anuario de Derecho Civil*. Tomo LXII. Núm. 4. 2009. Págs. 1461 - 1522.

- ELIZARI URTASUN, Leyre, *El daño desproporcionado en la responsabilidad de los médicos y los centros sanitarios*. Ed. Tirant lo Blanch - Monografías 811. 2012. Valencia.
- ERVITI ORQUIN, Elena y LÓPEZ GOÑI, Marta, *Arrendamientos de Obra y de Servicios. Colección Jurisprudencia: Contratos Civiles*. Ed. Thomson Reuters - Aranzadi, 2ª edición. 2009. Cizur Menor.
- FACHAL NOGUER, Nuria, "Reglas de la carga de la prueba en la responsabilidad civil médica: Cuestiones polémicas". Publicado en *Vlex*. Enero 2007. Id. Vlex 444452.
- FERNÁNDEZ ENTRALGO, Jesús, "Un feo problema: el daño o perjuicio estéticos" en *Asociación Internacional de Derecho de Seguros. Sección Española, Revista Española de Seguros*. ISSN 0034-9488. Editorial Española de Seguros, núm. 138, Octubre 2008. Madrid.
- FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, Mª Begoña, "Incumplimiento Total" en O'CALLAGHAN MUÑOZ, Xavier (coord.), *Cumplimiento e Incumplimiento del Contrato*. Ed. Editorial Universitaria Ramón Areces. 2012. Madrid. Págs. 201 - 252.
- FERNÁNDEZ GONZÁLEZ-REGUERAL, María Ángeles, "La resolución por incumplimiento en las obligaciones bilaterales" en O'CALLAGHAN MUÑOZ, Xavier, (coord.), *Cumplimiento e Incumplimiento del Contrato*. Ed. Editorial Universitaria Ramón Areces. 2012. Madrid. Págs. 383 - 492.
- FERNÁNDEZ HIERRO, José Manuel, *Sistema de Responsabilidad Médica*. Ed. Comares, 5ª Edición. 2007. Granada.
- FERRÁNDIZ GABRIEL, José Ramón, "La Formación del contrato en la Propuesta para la Modernización del Código civil en materia de Obligaciones y Contratos", en *Boletín del Ministerio de Justicia*, Año LXV, núm. 2131, mayo de 2011.
- FERRERES COMELLA, Víctor y XIOL RIOS, Juan Antonio, *El carácter vinculante de la jurisprudencia*. Ed. Fundación Coloquio Jurídico Europeo. 2ª Ed. 2010. Madrid.
- GALÁN CÁCERES, Juan Calixto, *Medicina y responsabilidad legal. Medicina y derecho, dos mundos en convergencia*. Autoedición. 2014. Badajoz.

- GALÁN CORTÉS, Julio César, *El Consentimiento Informado del usuario de los Servicios Sanitarios*. Ed. Colex. Madrid 1997.

- *Responsabilidad civil médica*, Thomson Reuters - Civitas, 5ª edición. 2016. Cizur Menor.

- "Cuestiones actuales en responsabilidad civil médico-sanitaria (Daño desproporcionado, aplicación de la normativa de consumo, consentimiento informado y responsabilidad de las aseguradoras de asistencia sanitaria)" en HERRADOR GUARDIA, Mariano J. (dir.), *Derecho de Daños 2013*, ed. Thomson Reuters Aranzadi. 1ª edición. Vol. 1. Págs. 613 - 638.

"Comentario a la STS de 21 de octubre de 2005" en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*. Núm. 72. Octubre - diciembre 2006. Págs. 1435 - 1450.

- GÁLVEZ CRIADO, Antonio, *La relevancia de la persona en los contratos de obra y servicio*. Ed. Tirant lo Blanch - Monografías. 2008. Valencia.

- GAMARRA DE BAYA, Gerardo Antonio, *Cuestiones procesales ante la responsabilidad médica. Tratamiento procesal*. Ed. Editorial Académica Española. 2013. Libro electrónico disponible desde el Catálogo de la Universidad Complutense de Madrid.

- GARCÍA-BLÁZQUEZ PÉREZ, Manuel y CASTILLO CALVÍN, José Miguel, *Manual práctico de responsabilidad de la profesión médica (Aspectos jurídicos y médico-forenses)*. Ed. Comares, 3ª edición. 2011. Granada.

- GARCÍA-BLÁZQUEZ PÉREZ, Manuel y GARCÍA-BLÁZQUEZ PÉREZ, Cristina, *Nuevo Manual de Valoración y Baremación del Daño Corporal*. Ed. Comares, 17ª edición. 2010. Granada.

- GARCÍA HERNÁNDEZ, Tomás, *Elementos de derecho sanitario en la responsabilidad civil y penal de los médicos por mala praxis*. Ed. Edisofer. 2002. Madrid.

- GARCÍA PÉREZ, Rosa, "El Incumplimiento anticipado o previsible (anticipated non performance) como incumplimiento resolutorio en la Propuesta de Modernización del Código Civil" en *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*. núm. 7/2012. 2012. Cizur Menor. Id Aranzadi: BIB 2012\3025.
- GARCÍA RUBIO, María Paz, "Incumplimiento del deber de información, relación de causalidad y daño en la responsabilidad civil médica" en LLAMAS POMBO, Eugenio (Coord.), *Estudios de Derecho de Obligaciones. Homenaje al profesor Mariano Alonso Pérez*. Tomo I. Ed. La Ley. 2006. Las Rozas. Págs. 801 a 827.
- GARCÍA VILLALUENGA, Leticia y ROGEL VIDE, Carlos (dirs.), *Mediación en asuntos civiles y mercantiles. Comentarios a la Ley 5/2012*. Ed. Reus. 2012. Madrid.
- GHESTIN, Jacques (dir.), *Traité de Droit Civil*. Ed. Librairie generale de droit et de la jurisprudence, 3ª edición. 2001. Paris.
- GIL MEMBRADO, Cristina, *La responsabilidad civil por implante mamario. Mala praxis, consentimiento informado y prótesis defectuosa*. Ed. Comares. 2014. Granada.
- GILI SALDAÑA, Marian, *El producto sanitario defectuoso en Derecho español*. Ed. Atelier. 2008. Barcelona.
- GIMENO Y RODRÍGUEZ-JAEN, Vicente, *Algo de cirugía estética de la piel*. Discurso de Recepción pronunciado el 6 de mayo de 1923 en Real Academia Nacional de Medicina. 1923. Madrid
- GÓMEZ PAVÓN, Pilar, *Tratamientos Médicos: su responsabilidad penal y civil*. Ed. Bosch, 3ª edición. 2013. Barcelona.
- GÓMEZ RIVERO, Mª del Carmen "La Responsabilidad penal del médico" en CAMAS JIMENA, Manuel (Coord.), *Responsabilidad Médica*. Ed. Tirant lo Blanch. 2013. Valencia. Pág. 63 y ss.
- GÓMEZ RUFÍAN, Luis, "Cirugía estética y responsabilidad civil: análisis sistemático de una compleja jurisprudencia" en *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 32. Año 2015. Madrid. Págs. 185 - 215.

- GONZÁLEZ CARRASCO, M^a del Carmen, "El cumplimiento y el incumplimiento del contrato" en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo (dir.), *Tratado de Contratos*. Tomo I. Ed. Tirant lo Blanch. 2^a edición. 2013. Valencia. Págs. 1121 - 1360.
- GONZÁLEZ MORÁN, Luis. *La responsabilidad civil del médico*. Ed. Bosch. 1990. Barcelona.
- GONZÁLEZ POVEDA, Pedro, MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ, José Manuel y PAZ RUBIO, José María, "Responsabilidad civil de los profesionales" en SANTOS BRIZ, Jaime, (dir.) *Tratado de Derecho Civil*. Vol. 3 *Derecho de Obligaciones, Teoría y Práctica*. Ed. Bosch. Barcelona 2003.
- GUTIÉRREZ MARTÍ, Ricard (dir.), *Plan de humanización de la asistencia hospitalaria*. Ed. Servicio de Publicaciones del Ministerio de Sanidad y Consumo. 1984. Madrid. (Desde febrero de 2016 disponible en formato digital. http://www.ingesa.msssi.gob.es/estadEstudios/documPublica/internet/pdf/Plan_Humanizacion_AsistHospit.pdf).
- GUTIÉRREZ SANTIAGO, Pilar, *Daños causados por productos defectuosos. (Su régimen de responsabilidad civil en el Texto Refundido de 2007 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras Leyes Complementarias)*. Ed. Thomson Aranzadi. 2008. Cizur Menor.
 - "El “daño” en la responsabilidad civil por productos defectuosos (Régimen jurídico de sus clases, cobertura y limitaciones en la legislación de consumo española, a la luz del cuarto Informe de la Comisión Europea de 8 de septiembre de 2011 sobre la Directiva 85/374/CEE)" en *Diario La Ley*, nº 7859, Sección Doctrina, 16 de mayo de 2012. Ed. La Ley. 2012. Madrid.
- HERNÁNDEZ RAMOS, Mario, "El consentimiento informado y el derecho fundamental a la integridad física y moral" en SANZ MULAS, Nieves (coord.) *Relevancia jurídica del consentimiento informado en la práctica sanitaria: responsabilidades civiles y penales*. Ed. Comares. 2012. Granada. Págs. 1 - 10.
- HERRADOR GUARDIA, Mariano J. (dir.), *Derecho de Daños 2013*. Ed. Thomson Reuters Aranzadi, 1^a edición. 2013. Cizur Menor.

- HERRERO PEREZAGUA, Juan F., *Lo jurisdiccional en entredicho*. Ed. Thomson Reuters - Aranzadi. 2014. Cizur Menor.
- HILSENRAD, Arthur, *Las obligaciones precontractuales*. Traducido al Español por MENÉNDEZ PIDAL, Faustino. Ed. Góngora. 1932. Madrid.
- JEREZ DELGADO, Carmen (coord.), *Principios, definiciones y reglas de un Derecho Civil europeo: el Marco Común de Referencia (DCFR)*. Ed. BOE - Colección Derecho Privado. 2015. Madrid.
- JIMÉNEZ HORWITZ, Margarita, "La distinción entre los contratos de obras y servicios en el Derecho español (estudio comparado con el Derecho alemán)" en *Anuario de Derecho Civil (ADC)*. Tomo LXV. Fascículo II. Abril - Junio 2012. Págs. 551 - 584.
- JORDANO FRAGA, Francisco, *La responsabilidad contractual*. Ed. Civitas. 1987. Madrid.
- "Obligaciones de medios y de resultado (a propósito de alguna jurisprudencia reciente)". *Anuario de Derecho Civil (ADC)*. Vol. 44. Núm. 1. Año 1991. Págs. 5 - 96.
- KEREN-PAZ, Tsachi, *Derecho de daños, igualdad y justicia distributiva*. (Traducción de Griselda Perrotta). Ed. Marcial Pons. 2016. Madrid.
- LACRUZ BERDEJO, José Luis [et. al.], *Elementos de Derecho Civil II. Derecho de Obligaciones*. Volumen I – *Parte General. Teoría General del Contrato*. Ed. Dykinson, 5ª edición. 2011. Madrid.
- *Elementos de Derecho Civil II. Derecho de Obligaciones*. Volumen II – *Contratos y Cuasicontratos. Delito y Cuasidelito*. Ed. Dykinson, 5ª edición. 2013. Madrid.
- LANDO, Ole, y BEALE, Hugh, eds. *Principle of European Contract Law. Parts I and II*. Ed. Kluwer Law International. 2000. La Haya. (Disponibles en Español en traducción del Dr. Fernando Martínez Sanz en el siguiente enlace: <http://campus.usal.es/~derinfo/Material/LegOblContr/PECL%20I+II.pdf>).

- LARIOS RISCO, David (coord.), *Marco jurídico de las profesiones sanitarias*. Ed. Lex Nova. 2007. Valladolid.
- LASARTE ÁLVAREZ, Carlos, *Principios de Derecho Civil II. Derecho de Obligaciones*. Ed. Marcial Pons, 19ª edición. 2015. Madrid.
- *Principios de Derecho Civil III. Contratos*. Ed. Marcial Pons, 15ª edición. 2013. Madrid.
- LEDESMA IBÁÑEZ, Isabel, ZUBIRI DE SALINAS, Fernando (dir.), *La prueba pericial en el proceso civil*. Ed. Consejo General del Poder Judicial – Centro de Documentación Judicial. Cuadernos de Derecho Judicial. 2006. Madrid.
- LIZARRAGA BONELLI, Emilio, "La responsabilidad del profesional sanitario" en *Consejo General de la Abogacía Española*. Noviembre 2014. Madrid.
- LLAMAS POMBO, Eugenio (Coord.), *Estudios de derecho de obligaciones. homenaje al profesor Mariano Alonso Pérez*. Tomo I. Ed. La Ley. 2006. Las Rozas.
- "Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de abril de 1994" en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*. Núm. 36. Septiembre - Diciembre 1994. Págs. 1005 - 1019.
- LLEDÓ YAGÜE, Francisco; MORILLAS CUEVAS, Lorenzo (dirs.), *Responsabilidad médica civil y penal por presunta mala práctica profesional. (El contenido reparador del consentimiento informado)*. Ed. Dykinson. 2012. Madrid.
- LOBATO GÓMEZ, Miguel, "Contribución al estudio de la distinción entre las obligaciones de medios y las obligaciones de resultado" en *Anuario de Derecho Civil*. Tomo XLV, Fascículo I. Año 1992. Págs. 651 a 734.
- LOMAS HERNÁNDEZ, Vicente, "Profesiones y Profesionales Sanitarios en la normativa actual" en LARIOS RISCO, David (Coord.) *Marco jurídico de las profesiones sanitarias*. Ed. Lex Nova. 2007. Valladolid. Págs. 45 - 96.
- LÓPEZ DE LA CRUZ, Laura; PÉREZ VELÁZQUEZ, Juan Pablo, [et. au], "Estructura general de la responsabilidad extracontractual" en SERRANO FERNÁNDEZ, María (coord.), *Tratado jurisprudencial de responsabilidad por daños*. Ed. Tirant lo Blanch. 2013. Valencia. Pág. 33 - 602.

- LÓPEZ Y GARCÍA DE LA SERRANA, Javier; SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA, Inmaculada (coords.), *Cuestiones actuales sobre responsabilidad civil*. Ed. Thomson Reuters - Aranzadi. 2013. Cizur Menor.

- LÓPEZ Y LÓPEZ, Ángel, MONTÉS Y PENADÉS, Vicente Luis, y ROCA I TRIAS, Encarna, (Dir.), *Derecho Civil. Derecho de obligaciones y contratos*. Ed. Tirant lo Blanch. 2001. Valencia.

- LÓPEZ-MUÑOZ Y LARRAZ, Gustavo, *Negligencias en cirugía y anestesia estéticas*. Ed. Dykinson. 2008. Madrid.

- *El error sanitario*. Ed. Dykinson. 2003. Madrid.

- LOZANO ARJONA, Mario "Novedades legislativas modificativas de la autonomía de la voluntad de los pacientes" en *Diario La Ley* núm. 8637. Año XXXVI, 3 de noviembre de 2015. Id. La Ley 6553/2015 (versión digital).

- "Las menores no maduras" en *Blog de Derecho de la Salud de EUPHARLAW*. Septiembre de 2015. <http://www.eupharlaw.com/es/las-menores-no-maduras/>

- "¿Quién no desearía una muerte digna?" en *Blog de Derecho de la Salud de EUPHARLAW*. Mayo de 2015. <http://www.eupharlaw.com/es/quien-no-desearia-una-muerte-digna/>

- "Responsabilidad por productos sanitarios: el caso de las prótesis PIP" en *Blog de Derecho de la Salud de EUPHARLAW*. Junio de 2015. <http://www.eupharlaw.com/es/responsabilidad-por-productos-sanitarios-el-caso-de-las-protesis-pip/>

- LUNA YERGA, Álvaro, "Oportunidades perdidas. La doctrina de la pérdida de oportunidad en la responsabilidad civil médico-sanitaria" en *Indret Revista para el Análisis del Derecho*. ID INDRET: nº 288. Mayo 2005.

- "Mamoplastia fallida. Comentario a la STS, 1ª, 22.6.2004" en *Indret Revista para el Análisis del Derecho*. Id INDRET: nº 261. Febrero 2005.

- LUNA YERGA, Álvaro y RAMOS GONZÁLEZ, Sonia, "Los baremos como paradigma de valoración de daños personales. Comentario a la STS, 1ª, 20.6.2003" en *Indret Revista para el Análisis del Derecho*. Id INDRET: nº 191. Enero 2004.
- MAGDALENO ALEGRÍA, Antonio, "Algunas consideraciones constitucionales en torno a la autonomía del paciente. Sobre la necesidad de adaptar el ordenamiento jurídico español a las garantías de los derechos fundamentales" en ARCOS VIEIRA, Mª Luisa (dir.), *Autonomía del paciente e intereses de terceros: límites*. Ed. Thomson Reuters - Aranzadi. 2016. Cizur Menor. Págs. 309 a 341.
- MAGRO SERVET, Vicente, *Guía Práctica sobre responsabilidad civil*. Ed. La Ley - Grupo Wolters Kluwer. 2015. Madrid.
- MARÍN LÓPEZ, Manuel Jesús, "Requisitos esenciales del contrato. Elementos Accidentales del Contrato" en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo (dir.), *Tratado de Contratos. Tomo I*. Ed. Tirant lo Blanch - Tratados. 2ª Edición. 2013. Valencia. Págs. 597 - 746.
- MARTÍN DEL PESO, Rafael, "La indemnización y valoración de daños y perjuicios derivados de la responsabilidad civil" en SEIJAS QUINTANA, José Antonio, *Responsabilidad Civil. Aspectos Generales*. Ed. Sepin. 2007. Madrid.
- "El daño moral: determinación y cuantía algunos aspectos de su problemática jurisprudencial" en HERRADOR GUARDIA, Mariano J. (dir.), *Derecho de Daños 2013*. Vol. 1. Ed. Thomson Reuters Aranzadi. 1ª ed. Págs. 297 - 344.
- MARTÍN CASALS, Miquel (coord.), *Principios de Derecho Europeo de la Responsabilidad Civil*. Ed. Thomson Reuters - Aranzadi. 2008. Cizur Menor.
- MARTÍN VELARDE, Asunción, "Obligación de actividad versus obligación de resultado en la actividad médica curativa y/o asistencial." en LLEDÓ YAGÜE, Francisco; MORILLAS CUEVAS, Lorenzo (Dirs.), *Responsabilidad médica civil y penal por presunta mala práctica profesional. (El contenido reparador del consentimiento informado)*. Ed. Dykinson. 2012. Madrid. Págs. 53 - 66.
- MARTÍNEZ – CALZERRADA Y GÓMEZ, Luis, *La Responsabilidad Civil*. Ed. Colex, 3ª Edición. 2004. Madrid.

- "Responsabilidad médica en su dualidad funcional: cirugía asistencial, cirugía satisfactiva. (Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 25 de abril de 1994. Juego de la "lex artis ad hoc")" en *La Ley: revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*. Año 1995, Tomo 3º, páginas 698 - 712. 1995. Madrid.

- MARTÍNEZ – PEREDA RODRÍGUEZ, José Manuel, *La cirugía estética y su responsabilidad*, Ed. Comares. 1997. Granada.

- MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, Carlos (coord.), *Curso de derecho civil (II) Derecho de obligaciones*. Ed. Colex. 2014. Madrid.

- MCLEAN, Sheila A. M., *Autonomy, consent and the law*. Col. Biomedical law and Ethics library. Ed. Routledge-Cavendish. 2010. Nueva York.

- MEDINA ALCOZ, María, *La culpa de la víctima en la producción del daño extracontractual*. Ed. Dykinson. 2003. Madrid

- *Culpa de la víctima en la producción del daño extracontractual*. Ed. Dykinson. 2012. Libro electrónico.

- "La ruptura injustificada de los tratos preliminares: notas acerca de la naturaleza de la responsabilidad precontractual" en *Revista de Derecho Privado*. Núm. 5-6/2005. Mayo - Junio 2005. Pág. 78 - 106. Madrid.

- "El debate histórico de la subjetividad *versus* la objetividad de la responsabilidad civil en Francia y su proyección en España. El equilibrio de su convivencia actual en el derecho español" en GONZÁLEZ PORRAS, José Manuel y MÉNDEZ GONZÁLEZ, Fernando P. (coords.), *Libro homenaje al profesor Manuel Albaladejo García*. Vol. II. Ed. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España y Servicio de Publicaciones de la Universidad de Murcia. 2004. Murcia. Págs. 3213 a 3235.

- MERINO MERCHÁN, José F., y CHILLÓN MEDINA, José M^a., *Tratado de Derecho Arbitral*. Ed. Thomson Reuters - Civitas. 4ª edición. 2014. Cizur Menor.

- MONTALVO REBUELTA, Pablo, "Análisis de la postura de nuestros tribunales ante los pleitos relacionados con cirugía plástica y estética" en *Revista CESCO de Derecho de Consumo*. Nº 8/2013. Págs. 196 a 208.
- MONTERROSO CASADO, Esther, *Responsabilidad civil derivada de los accidentes de circulación y valoración de daños a las personas conforme a la Ley 35/2015, de 22 de septiembre*. Ed. Ediciones C.E.F. 2016. Madrid.
- MORENO MARTÍNEZ, Juan Antonio (coord.), *La responsabilidad civil y su problemática actual*. Ed. Dykinson. 2007. Madrid.
- MORENO NAVARRETE, Miguel Ángel, "La responsabilidad civil en la medicina natural o satisfactiva" en MORILLAS CUEVAS, Lorenzo (dir.). *Estudios jurídicos sobre responsabilidad penal, civil y administrativa del médico y otros agentes sanitarios*. Ed. Dykinson. Madrid. 2009. Pág. 523 - 543.
- MORILLAS CUEVAS, Lorenzo (dir.), *Estudios jurídicos sobre responsabilidad penal, civil y administrativa del médico y otros agentes sanitarios*. Ed. Dykinson. 2009. Madrid.
- MOURE GONZÁLEZ, Eugenio, *Repensando la responsabilidad sanitaria. Soluciones jurídicas a los conflictos en sanidad*. Ed. Atelier. 2014. Barcelona.
- NAVARRO ESPIGARES, José Luis y MARTÍN SEGURA, José Aureliano, *Valoración económica del daño moral. Una metodología aplicable en los accidentes y enfermedades laborales*. Ed. CES Consejo Económico y Social de España. Colección estudios nº 210. 2008. Madrid.
- NAVARRO MENDIZÁBAL, Iñigo A. y VEIGA COPO, Abel B., *Derecho de Daños*. Ed. Thomson Reuters - Aranzadi. 2013. Cizur Menor.
- NAVEIRA ZARRA, Maita M^a, "La Responsabilidad de los Profesionales", en PENA LOPEZ, José M^a (dir.), *Derecho de responsabilidad civil extracontractual* ed. Cálamo. 2004. Barcelona.
- O'CALLAGHAN MUÑOZ, Xavier (coord.), *Cumplimiento e incumplimiento del contrato*. Ed. Editorial Universitaria Ramón Areces. 2012. Madrid.

- ORTÍ VALLEJO, Antonio, "La cuestión de la concurrencia de responsabilidad contractual y extracontractual en los daños por servicios" en ORTÍ VALLEJO, Antonio y GARCÍA CARNICA, M^a del Carmen, (dirs.), *La responsabilidad civil por daños causados por servicios defectuosos. Estudio de la responsabilidad civil por servicios susceptibles de provocar daños a la salud y seguridad de las personas*. Ed. Thomson Reuters - Aranzadi. 2^a edición. 2015. Cizur Menor. Págs. 33 - 58.

- ORTÍ VALLEJO, Antonio y GARCÍA CARNICA, M^a del Carmen, (dirs.), *La responsabilidad civil por daños causados por servicios defectuosos. Estudio de la responsabilidad civil por servicios susceptibles de provocar daños a la salud y seguridad de las personas*. Ed. Thomson Reuters - Aranzadi. 2^a edición. 2015. Cizur Menor.

- PALAU RAMÍREZ, Felipe y CHOLVI ROIG, Francesc, "La mora en el contrato de seguro" en *Grandes Tratados. Tratado sobre la morosidad*. Editorial Aranzadi. 2012. Disponible online: ID Aranzadi: BIB\2012\8064.

- PALOMAR OLMEDA, Alberto y CANTERO MARTÍNEZ, Josefa (dirs.), *Tratado de Derecho Sanitario*. II Volúmenes. Ed. Thomson Reuters - Aranzadi. 2013. Pamplona.

- PALOMARES BAYO, Magdalena y LOPEZ Y GARCÍA DE LA SERRANA, Javier (coords.), *El Consentimiento informado en la práctica médica y el testamento vital: Análisis de la legislación europea, nacional y autonómica, Estudio de su evolución jurisprudencial*. Ed. Comares. 2002. Granada.

- PANTALEÓN PRIETO, Fernando, "Causalidad e imputación objetiva: criterios de imputación" en *Asociación de Profesores de Derecho Civil, Centenario del Código Civil*. Vol. II. Ed. Centro de Estudios Ramón Areces. 1990. Madrid. Págs. 1561 - 1591.

- PARRA LUCÁN, M^a Ángeles (dir.), *Negociación y perfección de los contratos*, ed. Thomson Reuters - Aranzadi. 2014. Cizur Menor.

- "Comentario del artículo 148 del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios" en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo, (coord.), *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras Leyes complementarias. (Real Decreto Legislativo*

- 1/2007). Ed. Thomson Reuters - Aranzadi. 2009. Cizur Menor. Págs. 1739 - 1756.
- "Comentario del artículo 128 del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios" en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo, (coord.), *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras Leyes complementarias. (Real Decreto Legislativo 1/2007)*. Ed. Thomson Reuters - Aranzadi. 2009. ID Aranzadi: BIB\2009\3440.
 - "Comentario del artículo 137 del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios" en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo, (coord.), *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras Leyes complementarias. (Real Decreto Legislativo 1/2007)*. Ed. Thomson Reuters - Aranzadi. 2009. Cizur Menor. Págs. 1676 - 1678
 - PASQUAU LIAÑO, Miguel "Responsabilidad civil e infracción de los deberes de información sobre los riesgos no evidentes de productos y servicios" en LÓPEZ Y GARCÍA DE LA SERRANA, Javier; SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA, Inmaculada (Coords.), *Cuestiones actuales sobre responsabilidad civil*. Thomson Reuters - Aranzadi. Pamplona. 2013. Págs. 159 - 178.
 - PATTI, Salvatore (dir.), *Il contratto di locazione*. Ed. Utet. 1996. Turín (Italia).
 - PELAYO GONZÁLEZ-TORRE, Ángel, *El derecho a la autonomía del paciente en la relación médica: El tratamiento jurisprudencia del consentimiento informado*. Colección: Biblioteca de derecho y ciencias de la vida. Ed. Comares. 2009. Granada
 - PENA LÓPEZ, José M^a, (dir.), *Derecho de responsabilidad civil extracontractual*. Ed. Cálamo. 2004. Barcelona.
 - PEREA PÉREZ, Bernardo, ALBARRÁN JUAN, M^a Elena, *et. au.*, "El aseguramiento de la responsabilidad civil profesional en la práctica de la podología" en *Revista*

Internacional de Ciencias Podológicas, Vol. 5, Núm. 1. Año 2011. Ed. Universidad Complutense de Madrid. Madrid. Páginas 53- 61.

- PEREÑA VICENTE, Montserrat y DELGADO MARTÍN, Palmira (dirs.), *Nuevas orientaciones del Derecho Civil en Europa*. Ed. Thomson Reuters - Aranzadi. 2015. Cizur Menor.

- PÉREZ ECHENIQUE, Francisco, *El Contrato de gestión de servicios médicos desde la perspectiva de la dogmática jurídica*. Tesis Doctoral. Director D. José Iturmendi Morales. 2010. Madrid. Universidad Complutense de Madrid. Recurso Virtual de la Facultad de Derecho de la UCM. ISBN: 978-84-693-2413-4.

- PÉREZ GARCÍA, Máximo Juan, "La responsabilidad civil médico-sanitaria en el derecho español: significado y alcance del consentimiento informado y del deber de información" en *Colección de Derecho Privado*, número 6, Julio 2008 Madrid. Págs. 145 a 165.

- PÉREZ GÁLVEZ, Juan Francisco y BARRANCO VELA, Rafael (dirs.), *Derecho y Salud en la Unión Europea*. Ed. Comares. 2013. Granada.

- PÉREZ VELÁZQUEZ, Juan Pablo, "El daño" en SERRANO FERNÁNDEZ, María, *Tratado Jurisprudencial de Responsabilidad por daños*. Ed. Tirant lo Blanch. 2013. Valencia.

- PICOVSKI, David, "Le chirurgien esthétique a-t-il une obligation de résultat" en *Blog Dr. David Picovski*. 14 de julio de 2013. Disponible en: <http://docteur-picovski.com/blog/chirurgie-esthetique-obligation-resultat/>

- PLANA ARNALDOS, M^a Carmen, "Formación del contrato. Requisitos de la oferta y diferencia entre tratos previos y perfección del contrato" en *Revista Aranzadi Civil-Mercantil*. Vol. I. Núm. 11/2012. Ed. Aranzadi. 2012. Cizur Menor. Págs. 31 - 43.

- RAMOS GONZÁLEZ, Sonia, "Comentario a los artículos IV.C del DCFR" en VAQUER ALOY, Antoni, BOSCH CAPDEVILA, Esteve y SÁNCHEZ GONZÁLEZ, María Paz (coords.), *Derecho Europeo de Contratos. Libros II y IV del Marco Común de Referencia*. Tomo II. Ed. Atelier. 2012. Barcelona. Págs. 1321- 1379.

- REDONDO TRIGO, Francisco, "De los Principios Lando al marco común de referencia del Derecho Privado Europeo. Hacia un nuevo <<*Ius Commune*>>" en *Anuario de Derecho Civil (ADC)*. Tomo LXIII. Núm. 4. 2010. Págs. 1643 - 1682.

- REGLERO CAMPOS, Luis Fernando, "Conceptos Generales y Elementos de Delimitación" (actualizado por Fernando Peña López) en REGLERO CAMPOS, Luis Fernando y BUSTO LAGO, José Manuel (Coords.), *Tratado de Responsabilidad Civil. Tomo I - Parte General*. Ed. Thomson Reuters - Aranzadi. 5ª edición. 2014. Cizur Menor. Págs. 65 - 263.

- "Valoración de Daños Corporales. El sistema valorativo de la ley de responsabilidad civil y seguro de vehículos a motor", en REGLERO CAMPOS, Luis Fernando y BUSTO LAGO, José Manuel (Coords.), *Tratado de Responsabilidad Civil. Tomo I - Parte General*, ed. Thomson Aranzadi. 5ª edición. 2014. Pamplona. Págs. 463 - 766.

- "El seguro de responsabilidad civil" en REGLERO CAMPOS, Luis Fernando y BUSTO LAGO, José Manuel (coords.), *op. cit.* (Tomo I). Pág. 1363 - 1554.

- REGLERO CAMPOS, Luis Fernando y BUSTO LAGO, José Manuel (coords.), *Tratado de responsabilidad civil. Tomo I - Parte General*. Ed. Thomson Reuters - Aranzadi. 5ª edición. 2014. Cizur Menor.

- *Tratado de responsabilidad civil. Tomo II - Parte Especial Primera*. Ed. Thomson Reuters - Aranzadi. 5ª edición. 2014. Cizur Menor.

- REGLERO CAMPOS, L. Fernando, y MEDINA ALCOZ, Luis, "El nexos causal. La pérdida de oportunidad. Las causas de exoneración: culpa de la víctima y fuerza mayor" en REGLERO CAMPOS, L. Fernando y BUSTO LAGO, José Manuel (coords.), *Tratado de Responsabilidad Civil*. Tomo I Ed. Thomson Reuters - Aranzadi. 5ª edición. 2014. Cizur Menor. Págs. 767 - 970.

- RIBOT IGUALADA, Jordi, "Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de julio de 2003" en *Cuadernos Cívitas de Jurisprudencia Civil*. Núm. 64. Enero - Abril de 2004. Págs. 395 - 417.

- ROCA TRÍAS, Encarna, y NAVARRO MICHEL, Mónica, *Derecho de Daños. Textos y Materiales*. Ed. Tirant lo Blanch, 6ª edición. 2011. Valencia.
- RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, Ricardo. "El daño derivado de la ausencia de consentimiento informado y su graduación a efectos indemnizatorios" en *Revista Jurídica de la Comunidad de Madrid*. Nº 28 Enero Junio. 2009. Madrid. Páginas 47 – 67.
- RODRÍGUEZ MARÍN, Concepción, "Medicina Satisfactiva" en ORTI VALLEJO, Antonio y GARCÍA GARNICA, Mª del Carmen (dirs.), *La Responsabilidad Civil por Daños Causados por Servicios Defectuosos*. Ed. Thomson-Reuters Aranzadi. 2ª Edición. 2015. Cizur Menor.
- ROGEL VIDE, Carlos "Antecedentes de la Ley de Mediación 5/2015. El Real Decreto-Ley 5/2012 y otras disposiciones" en GARCÍA VILLALUENGA, Leticia y ROGEL VIDE, Carlos (dirs.), *Mediación en asuntos civiles y mercantiles. Comentarios a la Ley 5/2012*. Ed. Reus. 2012.
- ROMERO COLOMA, Aurelia María, *El resultado desproporcionado en medicina: problemática jurídica, teórica y práctica*. Ed. Reus - Colección: Scientia Iurídica. 2007. Madrid.
- ROSITO, Dina, "L'appalto" en CENDON, Paolo (dir.), *Trattario di Diritto Civile. Volume X. 1º Contratti speciali. Compravendita, locazione, trasporto, appalto*. Ed. Giuffrè Editore. 2016.
- ROVIRA SUEIRO, María, "El contrato de obra" en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo (Dir.), *Tratado de Contratos - Tomo III*. Ed. Tirant lo Blanch - Tratados. 2ª Edición. 2013. Valencia. Pág. 3319 - 4221.
- ROYO-VILLANOVA, Ricardo, *Cirugía estética. Medicina legal - Criminología - Delincuencia - Responsabilidad*. Ed. Ariel. 1958. Barcelona.
- RUBIO TORRANO, Enrique, "Responsabilidad civil médica y falta de consentimiento informado; pérdida de oportunidad (a propósito de la STS de 16 de enero de 2012)" en *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*. Núm. 3. Vol. 2. Cizur Menor. 2012. Págs. 53 - 59.

- "Deber de información y consentimiento informado en la actividad sanitaria" en *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*. Núm. 1. Cizur Menor. 2008. Págs. 2125 - 2127.

- SABATER BAYLE, Elsa, *El baremo para la valoración de los daños personales*. Ed. Aranzadi. 1998. Pamplona.

- SÁNCHEZ ARISTI, Rafael, "Comentario al artículo 1106 CC" en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo, *Comentarios al Código Civil*. Ed. Thomson Reuters - Aranzadi. 3ª Edición. 2009. Cizur Menor. Págs. 1306 a 1309.

- SÁNCHEZ GÓMEZ, Amelia, *Contrato de servicios médicos y contrato de servicios hospitalarios*. Ed. Tecnos. 1998. Madrid.

- "La información al paciente y el consentimiento informado en el Derecho español. Referencia legal y jurisprudencial y mala praxis" en TOMILLO URBINA, Jorge, y CAYÓN DE LAS CUEVAS, Joaquín, (dirs.) *Derecho y salud como realidades interactivas*. Ed. Thomson Reuters - Aranzadi. 2015. Cizur Menor.

- "La información al paciente y el consentimiento informado en el derecho español. Referencia legal y jurisprudencial. La praxis médica" en *Revista Doctrinal Aranzadi Civil - Mercantil*. Núm. 8. Año 2014. Cizur Menor. Págs. 97 - 117.

- SÁNCHEZ SAGRADO, Teresa, "La atención primaria en Francia" en *SEMERGEN-Medicina de Familia*, Vol. 42. Núm. 1. Enero - Febrero 2016. Disponible en: <http://www.elsevier.es/es-revista-semergen-medicina-familia-40-articulo-la-atencion-primaria-francia-S1138359315002762>.

- SANTOS BRIZ, Jaime, (dir.), *Tratado de derecho civil*. Vol. 3 *Derecho de obligaciones, teoría y práctica*. Ed. Bosch. 2003. Barcelona.

- SANZ MULAS, Nieves (coord.), *Relevancia jurídica del consentimiento informado en la práctica sanitaria: responsabilidades civiles y penales*. Ed. Comares. 2012. Granada.

- SARRATO MARTÍNEZ, Luis, "Delimitación jurídica y contenido de la denominada <<Lex Artis>> médica" en *Actualidad Jurídica Aranzadi* núm. 728/2007 - Comentario. Ed. Aranzadi. 2007. Pamplona. Disponible online ID. Aranzadi: BIB2007\471.
- SEIJAS QUINTANA, José Antonio (coord.), *Responsabilidad civil. Aspectos fundamentales*. Ed. Sepin. 2007. Madrid.
- SELIGRAT GONZÁLEZ, Víctor Manuel, *Responsabilidad civil en actividades de ocio peligroso y lugares de diversión*. Ed. Wolters Kluwer - La Ley. 2016. Madrid.
- SERRANO FERNÁNDEZ, María, (coord.), *Tratado jurisprudencial de responsabilidad por daños*. Ed. Tirant lo Blanch. 2013. Valencia.
- SERRANO GIL, Alfonso, "La obligación de medios y de resultados en el ámbito sanitario: aspectos jurisprudenciales" en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*. Año 92. Núm. 754. 2016. Págs. 1039 - 1058.
- SIERRA GIL DE LA CUESTA, Ignacio (coord.), *Comentario del Código Civil*. Ed. Bosch. 2000. Barcelona.
- SILLERO CROVETTO, Blanca, *La responsabilidad civil médico-sanitaria* en CAMAS JIMENA, Manuel (Coord.), *Responsabilidad Médica*. Ed. Tirant lo Blanch. 2013.Valencia.
- SOLE RESINA, Judith, *Arrendamiento de obras o servicios (Perfil Evolutivo y Jurisprudencial)*. Ed. Tirant lo Blanch "Colección Privado". 1997. Valencia.
- SOLETO MUÑOZ, Helena (dir.), *Mediación y resolución de conflictos: técnicas y ámbitos*. Ed. Tecnos. 2011. Madrid.
- SOSPEDRA NAVAS, Francisco José, *Mediación y arbitraje. Los sistemas alternativos de resolución de conflictos*. Ed. Thomson Reuters - Civitas. 2014. Cizur Menor.
- SURCH MARTÍNEZ, Javier, "El Secreto Médico" en CAMAS JIMENA, Manuel (Coord.), *Responsabilidad Médica*. Ed. Tirant lo Blanch. 2013.Valencia. 240 y ss.
- TOMILLO URBINA, Jorge, "La paridad posicional en el ámbito sanitario: hacia la consideración jurídica del paciente como consumidor" en TOMILLO URBINA, Jorge,

y CAYÓN DE LAS CUEVAS, Joaquín, *La Protección Jurídica del Paciente como Consumidor*. Ed. Thomson Reuters - Aranzadi. 2010. Cizur Menor. Págs. 55 - 72.

- TOMILLO URBINA, Jorge, y CAYÓN DE LAS CUEVAS, Joaquín (dirs.), *La protección jurídica del paciente como consumidor*. Ed. Thomson Reuters - Aranzadi. 2010. Cizur Menor.

- *Derecho y salud como realidades interactivas*. Ed. Thomson Reuters - Aranzadi. 2015. Cizur Menor.

- VALPUESTA FERNÁNDEZ, M^a Rosario, "Comentario al art. 1263 CC" en CAÑIZARES LASO, Ana; DE PABLO CONTRERAS, Pedro; ORDUÑA MORENO, Javier y VALPUESTA FERNÁNDEZ, Rosario (dirs.), *Código Civil Comentado. Volumen III. Libro IV de las obligaciones y contratos. Teoría general de la obligación y el contrato (Artículos 1088 a 1444)*. Ed. Thomson Reuters - Civitas. 2011. Cizur Menor.

- VALPUESTA FERNÁNDEZ, M^a Rosario, y VERDERA SERVER, Rafael (coord.), *Derecho civil. Derecho de obligaciones y contratos*. Ed. Tirant Lo Blanch. 2001. Valencia.

- VANNI DI SAN VINCENZO, Domitilla, *La responsabilità professionale del medico e dell'avvocato: una ricerca di diritto comparato*. Ed. Università degli Studi di Palermo. 2013. Palermo. Disponible en versión electrónica en el siguiente enlace: https://www.unipa.it/scuole/scienzeigiur.ecosociali/specializzazioni/professionilegali/content/documenti/Domitilla-Vanni---La_responsabilita_professionale_del_medico-e-dellavvocato.pdf

- VAQUER ALOY, Antoni, BOSCH CAPDEVILA, Esteve y SÁNCHEZ GONZÁLEZ, María Paz (coords.), *Derecho Europeo de Contratos. Libros II y IV del Marco Común de Referencia*. Tomo II. Ed. Atelier. 2012. Barcelona.

- VAQUERO PINTO, M^a José, *El Arrendamiento de servicios. Propuesta de modelo general para la contratación de servicios*. Ed. Comares. 2005. Granada.

- VÁZQUEZ BARROS, Sergio, *Responsabilidad civil de los médicos. Doctrina, legislación básica, jurisprudencia, formularios y bibliografía*. Ed. Tirant lo Blanch. Tratados. 2009. Valencia.

- VENTAS SASTRE, Rosa, "De la responsabilidad por culpa a la responsabilidad objetiva: la necesidad de un cambio de paradigma" en *Actualidad Jurídica Aranzadi*. Núm. 807/2010. Tribuna. Pág. 11.
- VICENTE DOMINGO, Elena, "El daño" en REGLERO CAMPOS, L. Fernando, y BUSTO LAGO, José Manuel (coords.), *Tratado de Responsabilidad Civil*. Tomo I. Ed. Thomson Reuters - Aranzadi. 5ª edición. 2014. Cizur Menor. Págs. 317 - 462.
- VIGURI PEREA, Agustín, *Una perspectiva comparada de la responsabilidad civil sanitaria. Las negligencias médicas y el consentimiento informado en el Derecho español y norteamericano*. Ed. Thomson Reuters - Aranzadi. 2017. Cizur Menor.
- VIDMAR, Neil Y HANS, Valerie, *American Juries. The Verdict*, Ed. Prometheus Books. 2007. Nueva York
- VON HIRSCH, Andrew, ROBERTS, Julian (dirs.), *Restorative justice and criminal justice. Competing or reconcilable paradigms?* Ed. Hart Publishing Oxford and Portland. 2003. Oregón.
- XIOL RÍOS, Juan Antonio, "La moderna doctrina jurisprudencial en torno a la culpa y la responsabilidad en el ámbito de la responsabilidad contractual y extracontractual" en LÓPEZ Y GARCÍA DE LA SERRANA, Javier; SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA, Inmaculada (Coords.), *Cuestiones actuales sobre responsabilidad civil*. Thomson Reuters - Aranzadi. Pamplona. 2013. Págs. 205 - 286.
- XIOL RÍOS, Juan Antonio y BASTIDA, Francisco José, *Autonomía del paciente, responsabilidad patrimonial y derechos fundamentales*. Ed. Fundación Coloquio Jurídico Europeo. 2012. Madrid.
- XIOL RÍOS, Juan Antonio, "La moderna doctrina jurisprudencial en torno a la culpa y responsabilidad en el ámbito de la responsabilidad contractual y extracontractual" en *Cuestiones Actuales sobre Responsabilidad Civil*. Ed. Aranzadi. 2013. ID. Aranzadi: BIB\2013\15094.
- YZQUIERDO TOLSADA, Mariano, *Sistema de responsabilidad civil, contractual y extracontractual*. Ed. Dykinson. 2001. Madrid.

- *Responsabilidad civil extracontractual. Parte general. Delimitación y especies. Elementos. Efectos o consecuencias.* Ed. Dykinson. 2ª Edición. 2016. Madrid.

- *Responsabilidad civil extracontractual. Parte general. Delimitación y especies. Elementos. Efectos o consecuencias.* Ed. Dykinson. 2015. Madrid.

- "La responsabilidad civil médico-sanitaria al comienzo de un nuevo siglo. Los Dogmas creíbles y los increíbles de la Jurisprudencia" en *Revista Derecho y Salud*. Vol. 9. Núm. 1. Enero-Junio 2001. Págs. 35 - 50.

- YZQUIERDO TOLSADA, Mariano (Dir.), *Contratos. Civiles, mercantiles, públicos, laborales e internacionales, con sus implicaciones tributarias.* Varios Tomos. Ed. Thomson Reuters - Aranzadi. 2014. Cizur Menor.
 - *Contratos. Civiles, mercantiles, públicos, laborales e internacionales, con sus implicaciones tributarias. Tomo IV: Contratos de prestación de servicios y realización de obras. (I).* Ed. Thomson Reuters - Aranzadi. 2014. Cizur Menor.

- YZQUIERDO TOLSADA, Mariano; NAVARRO MENDIZÁBAL, Iñigo A.; y ACOSTA MÉRIDA, Mª del Pino, *Derecho del Consumo.* Ed. Calamo - Manubas, Manuales Básicos. 2005. Mataró.

- ZACCARIA, Alessio, "Commentario Art. 1218" en CIAN, Giorgio, y TRABUCCHI, Alberto (dirs.), *Commentario breve al Codice Civile.* Ed. Wolters Kluwer - CEDAM. 2015. Vicenza (Italia).

RELACIÓN DE JURISPRUDENCIA ANALIZADA

A) Tribunal Europeo de Derechos Humanos

- Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Sección 4ª, de 29 de abril de 2002. Asunto: Caso Pretty contra el Reino Unido. Ref. TEDH 2002\23.

B) Tribunal Constitucional

- Sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional, núm. 120/1990, de 27 de junio de 1990. Ponentes D. Fernando García-Mon González-Regueras; D. Eugenio Díaz Eimil y D. Vicente Gimeno Sendra. RTC 1990\120
- Sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional, núm. 5/1993, de 14 de enero de 1993. Ponente D. José Gabaldón López. RTC\1993\5.
- Sentencia del Tribunal Constitucional, Sala Segunda, núm. 37/2011, de 28 de marzo. Ponente Dª Elisa Pérez Vera. RTC 2011\37.
- Sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional, núm. 82/2016, de 28 de abril de 2016. Ponente Dª. Encarnación Roca Trías. RTC\2016\82.
- Sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional, núm. 110/2016, de 9 de junio de 2016. Ponente D. Ricardo Enríquez Sancho. RTC\2016\110.
- Sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional, núm. 192/2016, de 16 de noviembre de 2016. Ponente Dª. Adela Asua Batarrita. RTC\2016\192

C) Tribunal Supremo

- Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 18 de noviembre de 1944. Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi. Año 1944 - Tomo XI. RJ 1266. Págs. 717 y 718. (No se indica Magistrado Ponente).
- Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 21 de marzo de 1950. Ponente D. Acacio Charrín y Martín Veña, RJ\1950\394.
- Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 21 de diciembre de 1954. Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi. Año 1954 - Tomo XXI. RJ 3182. Ponente D. Cayetano Oca Albarells. Págs. 2106 - 2108.
- Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, de 10 de marzo de 1959. Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi. Año 1959. Tomo XXVI. Volumen I RJ 831. Ponente D. Francisco Díaz Plá. Páginas 489 a 490.

- Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 25 de febrero de 1963. Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi. Año 1963 - Tomo XXX. RJ 1188. Ponente D. Francisco Bonet Ramón. Págs. 735 y 736.
- Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 5 de abril de 1963. Ponente D. Mariano Gimeno Fernández. RJ\1963\1956. Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi. Tomo XXX. Volumen I. Año 1963. Págs. 1211 y 1212.
- Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 31 de mayo de 1983. Ponente D. Antonio Fernández Rodríguez. RJ\1983\2952.
- Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, de 11 de abril de 1986. Ponente D. Luis Vivas Marzal. RJ\1986\1961.
- Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 16 de abril de 1991. Ponente D. Teófilo Ortega Torres. RJ\1991\2697.
- Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 10 de Junio de 1991. Ponente D. Pedro González Poveda. RJ\1991\4434.
- Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 25 de abril de 1994. Ponente D. José Luis Albácar López, RJ\1994\3073.
- Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 22 de julio de 1994. Ponente D. Alfonso Barcalá Trillo-Figueroa. RJ\1994\6581.
- Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 27 de febrero de 1996. Ponente D. Antonio Gullón Ballesteros. RJ\1996\1266.
- Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 1 de junio de 1996. Ponente D. Eduardo Fernández-Cid de Temes. RJ\1996\4716.
- Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 2 de diciembre de 1996. Ponente D. José Almagro Nosete. RJ\1996\8938.
- Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 11 de febrero de 1997. Ponente D. José Almagro Nosete, RJ\1997\940.
- Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 28 de junio de 1997. Ponente D. Francisco Morales Morales. RJ\1997\5151.
- Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 2 diciembre 1997. Ponente D. Xavier O'Callaghan Muñoz. RJ\1997\8964.
- Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 11 de febrero de 1998. Ponente D. Antonio Gullón Ballesteros. RJ\1998\707.
- Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 10 de octubre de 1998. Ponente D. Antonio Gullón Ballesteros. RJ\1998\8371.

- Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 29 de junio de 1999. Ponente D. Xavier O'Callaghan Muñoz. RJ\1999\4895.
- Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 30 de diciembre de 1999. Ponente D. José Almagro Nosete. RJ\1999\9496. Voto Particular de D. Antonio Gullón Ballesteros.
- Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 5 de febrero de 2001. Ponente D. Francisco Marín Castán. RJ\2001\541.
- Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, de 4 de abril de 2001. Ponente D. Andrés Martínez Arrieta. RJ\2001\2016.
- Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 27 de abril de 2001. Ponente D. Alfonso Villagómez Rodil. RJ\2001\6891.
- Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 11 de diciembre de 2001. Ponente D. Xavier O'Callaghan Muñoz. RJ\2002\2711.
- Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 2 de julio de 2002. Ponente D. Jesús Corbal Fernández. RJ\2002\5514.
- Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 24 de octubre de 2002. Ponente D. Xavier O'Callaghan Muñoz. RJ\2002\8975.
- Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 31 de enero de 2003. Ponente D. Xavier O'Callaghan Muñoz. RJ\2003\646.
- Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 8 de mayo de 2003. Ponente D. Xavier O'Callaghan Muñoz. RJ\2003\3890.
- Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección Única, de 29 de mayo de 2003. Ponente D. Alfonso Villagómez Rodil. RJ\2003\3916.
- Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 22 de julio de 2003. Ponente D. Alfonso Villagómez Rodil. RJ\2003\5391.
- Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera, de 8 de septiembre de 2003. Ponente D. José Almagro Nosete. RJ\2003\6065.
- Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 9 de octubre de 2003. Ponente D. Pedro González Poveda. RJ\2003\8232.
- Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 26 de marzo de 2004. Ponente D. Clemente Auger Liñán. RJ\2004\1668.
- Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 22 de junio de 2004. Ponente D. Francisco Marín Castán. RJ\2004\3958.

- Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 7 de octubre de 2004. Ponente D. Antonio Romero Lorenzo. RJ\2004\6229.
- Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 29 de octubre de 2004. Ponente D. Xavier O'Callaghan Muñoz, RJ\2004\7218.
- Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 21 de octubre de 2005. Ponente D. Jesús Corbal Fernández. RJ\2005\8547.
- Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 14 de febrero de 2006. Ponente. D. Juan Antonio Xiol Ríos. RJ\2006\884.
- Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 23 de mayo de 2006. Ponente D. Juan Antonio Xiol Ríos. RJ\2006\3535.
- Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 18 de julio de 2006. Ponente D. José Almagro Nosete. RJ\2006\4947.
- Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 4 de octubre de 2006. Ponente D. José Antonio Seijas Quintana. RJ\2006\6428.
- Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1ª, de 15 de noviembre de 2006. Ponente D. José Antonio Seijas Quintana. RJ\2006\8059
- Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 18 de diciembre de 2006. Ponente D. José Antonio Seijas Quintana. RJ\2006\9172.
- Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 5 de enero de 2007. Ponente D. Juan Antonio Xiol Ríos. RJ\2007\552.
- Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 16 de abril de 2007. Ponente D. Vicente Luis Montés Perales. RJ\2007\4332.
- Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1ª, de 17 de abril de 2007. Ponente D. Juan Antonio Xiol Ríos. RJ\2007\3541.
- Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 26 de abril de 2007. Ponente D. Alfonso Villagómez Rodil. RJ\2007\3176.
- Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 23 de mayo de 2007. Ponente D. Vicente Luis Montés Perales. RJ\2007\3273.
- Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 29 de junio de 2007. Ponente D. José Antonio Seijas Quintana. RJ\2007\3871.
- Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 22 de noviembre de 2007. Ponente D. Juan Antonio Xiol Ríos. RJ\2007\8651.
- Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Civil, de 12 de marzo de 2008. Ponente D. José Antonio Seijas Quintana. RJ\2008\4045.

- Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 14 de mayo de 2008. Ponente D. José Antonio Seijas Quintana. RJ\2008\3072.
- Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 19 de mayo de 2008. Ponente D. José Ramón Ferrándiz Gabriel. RJ\2008\3091.
- Sentencia de Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 26 de junio de 2008. Ponente D. Xavier O'Callaghan Muñoz. RJ\2008\3306.
- Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 24 de julio de 2008. Ponente D. Francisco Marín Castán. RJ\2008\7252.
- Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 23 de octubre de 2008. Ponente D. Jesús Corbal Fernández. RJ\2008\5789.
- Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 30 de junio de 2009. Ponente D. José Antonio Seijas Quintana. RJ\2009\4323.
- Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 30 de junio de 2009. Ponente D. José Antonio Seijas Quintana. RJ\2009\6460.
- Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 13 de octubre de 2009. Ponente D. José Antonio Seijas Quintana. RJ\2009\5564.
- Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 20 de noviembre de 2009. Ponente D. José Antonio Seijas Quintana. RJ\2010\138.
- Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso- Administrativo, Sección 4ª, de 25 de mayo de 2010. Ponente Excmo. Sr. Santiago Martínez-Vares García. RJ\2010\5227.
- Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 27 de septiembre de 2010. Ponente D. José Antonio Seijas Quintana. RJ\2010\5155.
- Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 29 de octubre de 2010. Ponente D. José Antonio Seijas Quintana. RJ\2010\7617.
- Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 9 de diciembre de 2010. Ponente D. Juan Antonio Xiol Ríos. RJ\2011\1408.
- Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 11 de enero de 2011. Ponente D. Jesús Corbal Fernández. RJ\2011\1780.
- Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 20 de enero de 2011. Ponente D. José Antonio Seijas Quintana. RJ\2011\299.
- Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 13 de mayo de 2011. Ponente D. José Antonio Seijas Quintana. RJ\2011\3279.

- Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo civil, de 28 de junio de 2013. Ponente D. José Antonio Seijas Quintana. RJ\2013\4986.
- Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 6 de junio de 2014. Ponente D. José Antonio Seijas Quintana. RJ\2014\3395.
- Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 3 de febrero de 2015. Ponente D. José Antonio Seijas Quintana. RJ\2015\641.
- Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1ª, de 23 de octubre de 2015. Ponente D. José Antonio Seijas Quintana. RJ\2015\4901.
- Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 30 de marzo de 2016. Ponente D. José Antonio Seijas Quintana. RJ\2016\1548.
- Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 13 de abril de 2016. Ponente D. José Antonio Seijas Quintana. RJ\2016\1495.

D) Audiencias Provinciales

- Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias, Sección Quinta, de 28 de octubre de 1993. Ponente D. Francisco Luces Gil. AC\1993\2118.
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección Decimoctava, de 5 de mayo de 1998. Ponente D. Jesús Rueda López. AC\1998\7198.
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección Duodécima, de 3 de enero de 2000. Ponente D. Marcial Subirás Roca. AC\2000\4
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección Primera, de 21 de febrero de 2001. Ponente Dª. María Dolores Portella Lluch. AC\2001\1776.
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, Sección Sexta, de 9 de julio de 2001. Ponente Dª Purificación Martorell Zulueta. AC\2001\2523.
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección Vigésima, de 29 de abril de 2004. Ponente D. Ramón Fernando Rodríguez Jackson. JUR\2004\228347.
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección Novena, de 13 de junio de 2008. Ponente D. Juan Ángel Moreno García. AC\2008\1552.
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Granada, Sección Tercera, de 31 de octubre de 2008. Ponente D. José María Jiménez Burkhardt. AC\2008\2104.
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga, Sección Sexta, de 10 de noviembre de 2010. Ponente Dª. Inmaculada Suárez Bárcena Florencio. AC\2011\1700.

- Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección Vigésimoprimera, de 16 de febrero de 2011. Ponente D^a. M^a Almudena Cánovas del Castillo Pascual, AC\2011\414.
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección Decimotercera, de 22 de mayo de 2012. Ponente D. Joan Cremades Morant. AC\2012\1039.
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, Sección Octava, de 18 de junio de 2012. Ponente D^a. Carmen Brines Tarraso. AC\2012\1338.
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante, Sección Quinta, de 20 de marzo de 2013. Ponente D^a. Visitación Pérez Serra. JUR\2013\184723.
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección Décima, de 10 de mayo de 2013. Ponente D. Ángel Vicente Illescas Rus. JUR\2013\209762.
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra, Sección Primera, de 3 de febrero de 2014. Ponente D. Francisco Javier Menéndez Estébanez. AC\2014\129.
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección Primera, de 19 de marzo de 2014. Ponente D. Antonio Ramón Recio Córdova. AC\2014\534.
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección Undécima, de 1 de abril de 2014. Ponente D^a M^a de los Desamparados Delgado Tortosa. RJ JUR\2014\125175.
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Navarra, Sección Tercera, de 30 de junio de 2014, Ponente D. Ildefonso Prieto García-Nieto. AC\2014\1464.
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla, Sección Quinta, de 27 de enero de 2015. Ponente D. Conrado Gallardo Correa. AC\2015\380.
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección Decimoséptima, de 11 de febrero de 2015. Ponente D^a. María del Pilar Ledesma Ibáñez. AC\2015\701.
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Almería, Sección Tercera, de 16 de mayo de 2015. Ponente D. Jesús Martínez Abad. AC\2015\523.
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección Decimotercera, de 3 de marzo de 2016. Ponente D^a. Isabel Carriedo Mompín. AC\2016\866.
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección Novena, de 4 de marzo de 2016. Ponente D^a María José Romero Suárez. JUR\2016\88951

E) Sentencias extranjeras

- *Sentence de la Cour de Cassation, Chambre Civil 1, de 1 juin 1976. Núm. 75-11611 / 75-11976. Président. M. Bellet* - (Sentencia de la Corte de Casación, Sala Civil 1, de 1 de junio de 1976. Núm. 75-11611 / 75-11976. Presidente Sr. Bellet).

- *Court d'Appel de Versailles, 3ème Chambre (Civil), 10 février 2006. RG: 04/06893. Président: Madame WALLON.* (Corte de Apelación de Versalles, Sala Tercera (Civil), de 10 de febrero de 2006, núm. de registro 04/06893. Presidente Sra. Wallon).

- *Sentenza de la Corte di Cassazione, Civile Sezione 3. Núm. 16047, del 21/09/2012. Relatore Chiarini Maria Margherita.* (Sentencia de Casación, Sala Tercera Civil, núm. 16047, de 21 de septiembre de 2012. Ponente Chiarini Maria Margherita).

- *Court d'Appel de Versailles, 9ème Chambre (Civil), 2 mai, 2014, RG: 12/04245. Président: Monsieur Larmanjat* - (Corte de apelación de Versalles, Sala novena (Civil), de 2 de mayo de 2014, núm. de registro 12/04245. Presidente Sr. Larmanjat).

- *Sentenza de la Corte di Cassazione, Civile Sezione 3. Núm. 12830 del 6/06/2014. Relatore Roberta Vivaldi.* (Sentencia de la Corte de Casación, Sala Civil, Sección 3ª. Núm. 12830, de 6 de junio de 2014. Ponente Dª. Roberta Vivaldi).

- *Sentenza de la Corte di Casazione, Civile Sezione 3. Núm. 2167 del 04/02/2016. Relatore Luigi Alessandro Scarano.* (Sentencia de la Corte de Casación, Sala Civil, Sección 3ª. Núm. 2167, de 4 de marzo de 2016. Ponente D. Luigi Alessandro Scarano).

Índice de Legislación citada

A) Convenios Internacionales y normativa comunitaria europea

- ❖ Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950. (*Convenio Europeo de Derechos Humanos*). Instrumento de Ratificación Española del Convenio publicado en el BOE núm. 243, de 10 de octubre de 1979.
- ❖ *Convenio para la protección de los Derechos Humanos y la Dignidad del Ser Humano con respecto a las aplicaciones de la Biología y la Medicina*, también conocido como *Convenio de Oviedo* firmado el 4 de abril de 1997. Ratificado por España mediante publicación en el BOE núm. 251, de 20 de octubre de 1999.
- ❖ Directiva 2005/36/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de septiembre de 2005, relativa al reconocimiento de cualificaciones profesionales. Publicada en el DOUE núm. L 255/22, de 30 de septiembre de 2005.
- ❖ Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior. Publicada en el DOUE núm. 376, de 26 de diciembre de 2006.
- ❖ Tratado de la Unión Europea. Versión Consolidada de 2016. Publicada en el DOUE núm. C 202/16, de fecha 7 de junio de 2016.

B) Constituciones

- ❖ *Costituzione della Repubblica Italiana - 22 dicembre de 1947*. (Constitución Italiana de 22 de diciembre de 1947 - texto consolidado en 2012).
- ❖ Constitución Española, de 26 de diciembre de 1978. Publicada en el BOE núm. 311, de 29 de diciembre de 1978 (texto consolidado de septiembre de 2011).

C) Normas estatales con rango de ley

- ❖ Ley 50/1980, de 8 de octubre, de contrato de seguro. Publicada en el BOE núm. 250, de 17 de octubre de 1980 (texto consolidado de julio de 2015).
- ❖ Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen. Publicada en el BOE núm. 115, de 14 de mayo de 1982 (versión consolidada de junio de 2010).
- ❖ Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de Consumidores y Usuarios. Publicada en el BOE núm. 176, de 24 de julio de 1984.
- ❖ Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial. Publicada en el BOE núm. 157, de 2 de julio de 1985 (texto consolidado de octubre de 2015).

- ❖ Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad. Publicada en el BOE núm. 102, de 29 de abril de 1986.
- ❖ Ley 36/1988, de 5 de diciembre, de Arbitraje. Publicada en el BOE núm. 293, de 7 de diciembre de 1988 (disposición derogada).
- ❖ Ley 22/1994, de 6 de julio, de responsabilidad civil por los daños causados por productos defectuosos. Publicada en el BOE núm. 161, de 7 de julio de 1994.
- ❖ Ley 30/1995, de 8 de noviembre, de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados. Publicada en el BOE núm. 268, de 9 de noviembre de 1995 (texto consolidado de 31 de octubre de 2015).
- ❖ Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. Publicada en el BOE núm. 281, de 24 de noviembre de 1995 (texto consolidado de abril de 2015).
- ❖ Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial de Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Publicada en el BOE núm. 15, de 17 de enero de 1996 (texto consolidado de julio de 2015).
- ❖ Ley Orgánica 6/1998, de 13 de julio, de reforma de la Ley Orgánica del Poder Judicial. Publicada en el BOE núm. 167, de 14 de julio de 1998.
- ❖ Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa. Publicada en el BOE núm. 167, de 14 de julio de 1998 (texto consolidado de octubre de 2015).
- ❖ Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal. Publicada en el BOE núm. 298, de 14 de diciembre de 1999 (versión consolidada de marzo de 2011).
- ❖ Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil. Publicada en el BOE núm. 7, de 8 de enero de 2000 (versión consolidada de octubre de 2015).
- ❖ Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derecho y obligaciones en materia de información y documentación clínica. Publicada en el BOE núm. 274, de 15 de noviembre de 2002 (texto consolidado de septiembre de 2015).
- ❖ Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal. Publicada en el BOE núm. 164 de 10 de julio de 2003 (versión consolidada de octubre de 2015).
- ❖ Ley 34/2003, de 4 de noviembre, de modificación y adaptación a la normativa comunitaria de la legislación de seguros privados. Publicada en el BOE núm. 265, de 5 de noviembre de 2003.
- ❖ La Ley 44/2003, de 21 de noviembre, de ordenación de las profesiones sanitarias. Publicada en el BOE núm. 280, de 22 de noviembre de 2003 (texto consolidado marzo de 2014).
- ❖ Ley Orgánica 19/2003, de 23 de diciembre, de modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial. Publicada en el BOE núm. 309, de 26 de diciembre de 2003 (texto consolidado de diciembre de 2012).
- ❖ Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje. Publicada en el BOE núm. 309, de 26 de diciembre de 2003 (versión consolidada de 6 de octubre de 2015).
- ❖ Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios y otras leyes

complementarias. Publicado en el BOE núm. 287, de 30 de noviembre de 2007 (texto consolidado de julio de 2015).

❖ Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio. Publicada en el BOE núm. 283, de 23 de noviembre de 2009 (versión consolidada de diciembre de 2013).

❖ Ley 16/2011, de 24 de junio, de contratos de crédito al consumo. Publicada en el BOE núm. 151 de 25 de junio de 2011 (versión consolidada de 28 de marzo de 2014).

❖ Real Decreto-Ley 16/2012, de 20 de abril, de medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud y mejorar la calidad y seguridad de sus prestaciones. Publicado en el BOE núm. 98, de 24 de abril de 2012

❖ Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles. Publicada en el BOE núm. 162, de 7 de julio de 2012 (versión consolidada de julio de 2015). Fue aprobada en primer lugar como Real Decreto-Ley 5/2012, de 5 de marzo, de mediación de asuntos civiles y mercantiles (BOE núm. 56, de 6 de marzo de 2012).

❖ Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia. Publicada en el BOE núm. 175, de 23 de julio de 2015.

❖ Real Decreto Legislativo 1/2015, de 24 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios. Publicado en el BOE núm. 177, de 25 de julio de 2015.

❖ Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia. Publicada en el BOE núm. 180, de 29 de julio de 2015 (versión consolidada de octubre de 2015).

❖ Ley 35/2015, de 22 de septiembre, de reforma del sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación. Publicada en el BOE núm. 228, de 23 de septiembre de 2015.

❖ Ley 42/2015, de 5 de octubre, de reforma de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil. Publicada en el BOE núm. 239, de 6 de octubre de 2015.

D) Normas autonómicas

❖ Ley 1/1992, de 2 de julio, del Servicio de Salud del Principado de Asturias. Publicada en el BOPA núm. 162, de 13 de julio de 1992 y en el BOE núm. 211, de 2 de septiembre de 1992 (versión consolidada de julio de 2014).

❖ Ley 11/1994, de 26 de julio, de Ordenación Sanitaria de Canarias. Publicada en el BOE núm. 206, de 26 de agosto de 1994 (versión consolidada de febrero de 2015).

❖ Ley 2/1998, de 15 de junio, de Salud de Andalucía. Publicada en el BOJA núm. 74, de 4 de julio de 1998 y en el BOE núm. 185, de 4 de agosto de 1998 (versión consolidada de mayo de 2010).

❖ Ley 8/2000, de 30 de noviembre, de Ordenación Sanitaria de Castilla-La Mancha. Publicada en el BOE núm. 50, de 27 de febrero de 2001.

❖ Ley 21/2000, de 29 de diciembre, sobre los derechos de información concernientes a la salud y la autonomía del paciente, y la documentación clínica (de Cataluña).

Publicada en el DOGC núm. 3303, de 11 de enero de 2001 y en el BOE núm. 29, de 2 de febrero de 2001 (versión consolidada de agosto de 2010).

❖ Ley 3/2001, de 28 de mayo, reguladora del consentimiento informado y de la historia clínica de los pacientes (de Galicia). Publicada en el DOG núm. 111, de 8 de junio de 2001 y en el BOE núm. 158, de 3 de julio de 2001 (versión consolidada de 21 de mayo de 2005).

❖ Ley 12/2001, de 21 de diciembre, de Ordenación Sanitaria de la Comunidad de Madrid. Publicada en el BOCM núm. 306, de 26 de diciembre de 2001 y en BOE núm. 55 de 5 de marzo de 2002 (versión consolidada de junio de 2015).

❖ Ley 6/2002, de 15 de abril, de Salud de Aragón. Publicada en el BOE núm. 121, de 21 de mayo de 2002 (versión consolidada de abril de 2011).

❖ Ley 2/2002, de 17 de abril, de Salud (de la Rioja). Publicada en el BOE núm. 106, de 3 de mayo de 2002.

❖ Ley Foral 11/2002, de 6 de mayo, sobre los derechos del paciente a las voluntades anticipadas, a la información y a la documentación clínica de Navarra. Publicada en el BON núm. 58, de 13 de mayo de 2002 y en el BOE núm. 129, de 30 de mayo de 2002.

❖ Ley 7/2002, de 10 de diciembre, de Ordenación Sanitaria de Cantabria. Publicada en el BOE núm. 6, de 7 de enero de 2003.

❖ Ley 1/2003, de 28 de enero, de derechos e información al paciente de la Comunidad Valenciana. Publicada en el BOE núm. 48, de 25 de febrero de 2003. Disposición derogada desde 1 de enero de 2015.

❖ Ley 8/2003, de 8 de abril, sobre derechos y deberes de las personas en relación con la Salud (de Castilla y León). Publicada en el BOE núm. 103, de 30 de abril de 2003.

❖ Ley 5/2003, de 14 de abril, de Salud de las Islas Baleares. Publicada en el BOE núm. 110, de 8 de mayo de 2003 (versión consolidada de 28 de junio de 2015).

❖ Ley 3/2005, de 8 de julio, de información sanitaria y autonomía del paciente (de Extremadura). Publicada en el DOE núm. 82, de 16 de julio de 2005, y en el BOE núm. 186, de 5 de agosto de 2005.

❖ Decreto 49/2009, de 3 de marzo, de protección de las personas menores de edad que se someten a intervenciones de cirugía estética en Andalucía y de creación del Registro de datos sobre intervenciones de cirugía estética realizadas a personas menores de edad en Andalucía. Publicado en el BOJA núm. 53, de 18 de marzo de 2009.

❖ Ley 3/2009, de 11 de mayo, de los derechos y deberes de los usuarios del sistema sanitario de la Región de Murcia. Publicada en el BORM núm. 114, de 20 de mayo de 2009 y en el BOE núm. 34, de 9 de febrero de 2011 (versión consolidada de diciembre de 2012).

❖ Ley 5/2010, de 24 de junio, sobre derechos y deberes en materia de salud de Castilla-La Mancha. Publicada en el BOE núm. 248, de 13 de octubre de 2010.

❖ Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código Civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia. Publicado en el BOE núm. 203, de 21 de agosto de 2010 (versión consolidada de octubre de 2015).

❖ Foral 17/2010, de 8 de noviembre, de derechos y deberes de las personas en materia de salud en la Comunidad Foral de Navarra. Publicada en el BON núm. 139, de 15 de noviembre de 2010 y en el BOE núm. 315, de 28 de diciembre de 2010.

- ❖ Ley 5/2011, de 1 de abril, de la Generalitat, de Relaciones Familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven. Publicada en el DOCV núm. 6495, de 5 de abril de 2011.
- ❖ Decreto 38/2012, de 13 de marzo, sobre historia clínica y derechos y obligaciones de pacientes y profesionales de la salud en materia de documentación clínica (del País Vasco). Publicada en el BOPV núm. 65, de 29 de marzo de 2012.
- ❖ Ley 10/2014, de 29 de diciembre, de Salud de la Comunidad Valenciana. Publicada en el DOCV núm. 7437, de 31 de diciembre de 2014 y en el BOE núm. 35 de 10 de febrero de 2015.

E) Decretos

- ❖ Real Decreto 2082/1978, de 25 de Agosto de 1978, por el que se aprueban las normas provisionales de gobierno y administración de los servicios hospitalarios y las garantías de los usuarios. Publicado en el BOE núm. 209, de 1 de septiembre de 1978.
- ❖ Real Decreto 127/1984 de 11 de Enero de 1984, por el que se regula la formación médica especializada y la obtención del título de médico especialista. Publicado en el BOE núm. 26, de 31 de Enero de 1984.
- ❖ Real Decreto 63/1995, de 20 de enero, sobre Ordenación de Prestaciones Sanitarias del Sistema Nacional de Salud. Publicado en el BOE núm. 35, de 10 de febrero de 1995.
- ❖ Real Decreto 1907/1996, de 2 de agosto, sobre publicidad y promoción comercial de productos, actividades o servicios con pretendida finalidad sanitaria. Publicado en el BOE núm. 189, de 6 de agosto de 1996.
- ❖ Real Decreto 139/2003, de 7 de febrero, por el que se actualiza la regulación de la formación médica especializada. Publicado en el BOE núm. 39, de 14 de febrero de 2003.
- ❖ Real Decreto 1277/2003, de 10 de octubre, por el que se establecen las bases generales sobre autorización de centros, servicios y establecimientos sanitarios. Publicado en el BOE núm. 254, de 23 de octubre de 2003 (texto consolidado de junio de 2006).
- ❖ Real Decreto 1030/2006, de 15 de septiembre, por el que se establece la cartera de servicios comunes del Sistema Nacional de Salud y el procedimiento para su actualización. Publicado en el BOE núm. 222, de 16 de septiembre de 2006 (texto consolidado de julio 2015).

F) Órdenes y normas de deontología

- ❖ Orden de 7 de julio de 1972, por la que se aprueba el Reglamento General para el Régimen, Gobierno y Servicio de las Instituciones Sanitarias de la Seguridad Social. Publicada en el BOE núm. 172 del 19 de Julio de 1972.

- ❖ Orden SAS/1257/2010, de 7 de mayo, por la que se aprueba y publica el programa formativo de la especialidad de Cirugía Plástica, Estética y Reparadora. Publicada en el BOE núm. 119, de 15 de mayo de 2010.
- ❖ Código de Deontología Médica - Guía de Ética Médica. Versión 2011. Publicada por el Consejo General de Colegios Oficiales de Médicos.

G) Proyectos normativos

- ❖ *Propuesta de Anteproyecto de Ley de Modernización del Derecho de Obligaciones y Contratos* (PMCC). Publicado por la Sección de Derecho Civil de la Comisión General de Codificación en el año 2009.

H) Normas extranjeras

- ❖ *Code civil Français du 21 mars 1804* - Código civil francés de 21 de marzo de 1804. Versión consolidada en octubre de 2016.
- ❖ *Bürgerliches Gesetzbuch 1896 "BGB"* - Código Civil Alemán promulgado el 1896 (entró en vigor en 1900).
- ❖ *Code du travail de 1910* - Código de trabajo de 1910. Versión consolidada de 2016.
- ❖ *Codice Civile Italiano de 1942, Regio Decreto 16 de marzo de 1942.* - Código civil italiano de 1942, Real Decreto de 16 de marzo de 1942.
- ❖ *Codé de la Santé Publique de 1953* - Código Francés de la Salud Pública de 1953. Versión consolidada de 28 de septiembre de 2016.
- ❖ *Loi n° 85-677 du 5 juillet 1985 tendant à l'amélioration de la situation des victimes d'accidents de la circulation et à l'accélération des procédures d'indemnisation* - Ley núm. 85-677, de 5 de julio de 1985, para la mejora de la situación de las víctimas de accidentes de tráfico y la aceleración de los procedimientos de compensación. Actualizada en 2016.
- ❖ *Legge n. 145, 28 marzo 2001 "Ratifica ed esecuzione della Convenzione del Consiglio d'Europa per la protezione dei diritti dell'uomo e della dignità dell'essere umano riguardo all'applicazione della biologia e della medicina: Convenzione sui diritti dell'uomo e sulla biomedicina, fatta a Oviedo il 4 aprile 1997, nonché del Protocollo addizionale del 12 gennaio 1998, n. 168, sul divieto di clonazione di esseri umani"* publicada nella Gazzetta Ufficiale n. 95 del 24 aprile 2001. - Ley núm. 145, de 28 de marzo de 2001, de Italia, de "Ratificación y ejecución del Convenio de Oviedo de 1997". Publicada en la Gaceta Oficial Italiana núm. 95 de 24 de Abril de 2001.
- ❖ *Decreto Legislativo n° 209, 7 settembre 2005 - Codice Delle Assicurazioni Private* - Decreto Legislativo n° 209, de 7 de septiembre de 2005 - Código de los Seguros Privados.
- ❖ *Ordonnance n° 2016 - 131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations* - Orden núm. 2016 - 131 de 10 de

febrero de 2016, de reforma de la ley de contratos, del régimen general y de la prueba de las obligaciones.

❖ Ley 1799, de 25 de julio de 2016, del Congreso de la República de Colombia, por medio de la cual se prohíben los procedimientos médicos y quirúrgicos estéticos para menores de edad y se dictan otras disposiciones. Publicada en el Diario Oficial de Colombia, núm. 49.945 de 25 de julio de 2016.